

Rechtsfragen des Glücksspielstaatsvertrages

Platter, Julia

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Platter, J. (2008). *Rechtsfragen des Glücksspielstaatsvertrages*. (Wahlperiode Brandenburg, 4/16). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-52473-8>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Parlamentarischer Beratungsdienst

Rechtsfragen des Glücksspielstaatsvertrages

Bearbeiterin: Dr. Julia Platter

Datum: 8. Juli 2008

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitende Bemerkung.....	4
II.	Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen.....	5
1.	Das Glücksspielverbot in Deutschland gem. §§ 284, 287 StGB.....	5
2.	Die Ausnahmen vom Glücksspielverbot.....	6
a)	Bundesrechtlich erlaubte Ausnahmen.....	6
b)	Landesrechtlich erlaubtes und zugleich monopolisiertes Glücksspiel.....	7
3.	Wesentliche Regelungsgegenstände des Glücksspielstaatsvertrages	9
III.	Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrages mit übergeordnetem nationalem Recht.....	10
1.	Der teilweise Ausschluss gewerblicher Anbieter vom Glücksspiel und die Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).....	11
a)	Das Anbieten oder Halten von Glücksspielen als grundrechtlich geschützter Beruf.....	11
b)	Das strafrechtliche Glücksspielverbot in Verbindung mit den Ländermonopolen für Sportwetten und Lotterien.....	12
c)	Der weitgehende Ausschluss gewerblicher Anbieter von Glücksspielen am Maßstab der ODDSET-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.....	15
aa)	Übertragung der ODDSET-Grundsätze zur „grundsätzlichen Zulässigkeit eines staatlichen Monopols“ auf andere Glücksspiele (insbesondere Lotterie)?.....	15
bb)	Vertriebswege: Die Allverfügbarkeit des Glücksspiels.....	18
cc)	Gebotene Beschränkung der Werbung und angemessene Information... ..	20
dd)	Sonstige Regelungsdefizite/Konkretisierungsmängel des Glücksspielstaatsvertrages.....	21
2.	Das brandenburgische Lotteriegesetz als Ausführungsgesetz des Glücksspielstaatsvertrages im Lichte höchstrichterlicher Anforderungen.....	22
a)	Zahl der Annahmestellen.....	22
b)	Voraussetzungen für den Betrieb einer Annahmestelle gem. § 4 LottGBbg. .	23
c)	Spielersperre.....	23
3.	Erlaubnisbedürftigkeit des Vermittelns von Glücksspielangeboten und ihre Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG.....	24
a)	Spielvermittlung als Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG.....	24
b)	Eingriff in die Berufsfreiheit der Spielvermittler und mögliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	25
aa)	Möglicherweise fehlende Kompetenz der Länder zur Regulierung der Tätigkeit der Spielvermittler.....	25
bb)	Unbestimmtheit des Erlaubnistatbestands.....	25

4. Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrages mit Wettbewerbsrecht	26
IV. Vereinbarkeit mit Europarecht.....	28
1. Dienstleistungsfreiheit und ihre Geltung für das Glücksspielwesen (Gambelli- und Placanica-Entscheidung des EuGH).....	28
a) Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG-Vertrag.....	28
b) Mögliche Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch den Glücksspielstaatsvertrag?.....	30
aa) Mangelnde Kohärenz.....	31
(1) „Kohärenz“ als Forderung nach einer übergreifenden Regelung des Glücksspielmarktes.....	31
(2) Inhaltliche Kohärenz.....	33
bb) Unverhältnismäßigkeit eines staatlichen Monopols	35
c) Insbesondere: Werbeverbote gem. §§ 5, 21 GlüStV	36
d) Werbeverbote/Veranstaltungsverbote für in anderen Mitgliedstaaten legal angebotene, in Deutschland jedoch verbotene Glücksspiele gem. § 5 Abs. 4 GlüStV.....	37
2. Niederlassungsfreiheit.....	37
V. Zusammenfassung.....	38

Der sittliche Wille muss unabhängig von eudämonischen Zwecken und Triebfedern bestimmt werden, wenn die Förderung von Glückseligkeit zu den menschlichen Pflichten gehört.

Immanuel Kant

I. Einleitende Bemerkung

Die Bundesländer als staatliche Anbieter von Glücksspielen haben im Jahre 2007 mit dem Abschluss des Glücksspielstaatsvertrages auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts reagiert, die einen Teil der staatlich monopolisierten Glücksspielangebote (ODDSET-Wette, d. i. eine Form der Sportwette) der Länder für unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG erklärt hatte. Der Glücksspielstaatsvertrag bildet damit den vorläufigen Abschluss einer schon länger währenden politischen und juristischen Diskussion um das Glücksspielwesen. Ob das Glücksspielwesen nunmehr den verfassungsrechtlichen und außerdem auch den europarechtlichen Vorgaben genügt, wird uneinheitlich beantwortet, zumal die Regelungen des deutschen Glücksspielwesens noch nicht Gegenstand eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) waren, es aber durchaus demnächst werden könnten. Verschiedene Gerichte haben dem EuGH Rechtsfragen des Glücksspielstaatsvertrages zur Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren vorgelegt. In der folgenden Darstellung sollen nach einer Übersicht über die Rechtsgrundlagen des Glücksspielwesens entsprechend dem Gutachtenauftrag die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (hier insbesondere die ODDSET-Entscheidung), die bisherige Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielwesen (insbesondere die Entscheidungen GAM-BELLI und PLACANICA), die Position der EU-Kommission und einige der bereits zum Glücksspielstaatsvertrag ergangenen Entscheidungen der Fachgerichte dargestellt und rechtlich eingeordnet werden. Zwangsläufig können nicht alle Probleme, sondern nur einige wesentliche Gesichtspunkte dargestellt werden.

Hauptsacheentscheidungen insbesondere der Landesobergerichte, die sich mit der Vereinbarkeit der jeweiligen Landesglücksspielgesetze auf der Grundlage des Glücksspielstaatsvertrages mit höherrangigem Recht befassen, gibt es noch nicht. Die in dieser Darstellung genannten Entscheidungen sind zu einem Großteil in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit dem dort geltenden eingeschränkten Prüfungsmaßstab der summari-

schen Prüfung ergangen. Eine einheitliche Linie der Rechtsprechung hat sich noch nicht gebildet. Es sei hervorgehoben, dass der Glücksspielstaatsvertrag in einer beachtlichen Anzahl von Entscheidungen für vereinbar mit höherrangigem Recht gehalten wird.¹ Aber angesichts der nicht völlig auszuschließenden Möglichkeit, dass die Landesgesetzgeber auf diesem heiklen Terrain noch einmal werden „nachbessern“ müssen, kommen in dieser Darstellung vor allen Dingen die kritischen Stimmen zu Wort. Diese Ausarbeitung ist also als eine Art „Merkzettel für den Advocatus Diaboli“ zu verstehen.

II. Entwicklung der rechtlichen Rahmenbedingungen

Obwohl grundsätzlich unter Strafe gestellt, werden in Deutschland ganz verschiedene Formen des Glücksspiels legal angeboten, ein Großteil davon sogar „vom Staat“, in diesem Fall von staatlichen Einrichtungen der Länder oder von Unternehmen, die sich ganz oder überwiegend in staatlicher Hand (der Länder) befinden.²

1. Das Glücksspielverbot in Deutschland gem. §§ 284, 287 StGB

Glücksspiel ist in Deutschland unter Strafe gestellt. § 284 StGB bestimmt, dass jemand, der ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt, mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird. In ähnlicher Weise bestimmt § 287 StGB, dass Lotterien und Sachauspielungen nicht ohne behördliche Erlaubnis veranstaltet und beworben werden dürfen. Als Glücksspiel ist ein Spiel anzusehen, bei dem die Entscheidung über Gewinn und Verlust nicht wesentlich von den Fähigkeiten und Kenntnissen und dem Grad der Aufmerksamkeit der Spieler bestimmt wird, sondern allein oder hauptsächlich vom Zufall.³ Auch Sport- und Rennwetten sind nach mittlerweile gefestigter Auffassung in der Rechtspre-

1 So zum Beispiel vom OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22. Februar 2008, 13 B 1215/07, juris, Rn. 33 ff. (zur Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts), Rn. 38 ff. (zur Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht); vom OVG Hamburg, Beschluss vom 25. März 2008, 4 Bs 5/08, juris, Rn. 22 ff. (zur Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts), Rn. 23 ff. (zur Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht); vom BayVG, Beschluss vom 2. Juni 2008, 10 CS 08.1102, Umdruck, Rn. 18 ff. (zur Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts), Rn. 25 ff. (zur Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht), verfügbar über <http://www.gluecksspielstaatsvertrag.de/urteile.php>. Für Brandenburg siehe VG Potsdam, Beschluss vom 2. April 2008, 3 L 687/07, juris, Rn. 9 ff. (zur Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts), Rn. 24 ff. (zur Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht) und VG Cottbus, Beschluss vom 22. April 2008, 3 L 343/07, Umdruck S. 5 (zur Vereinbarkeit mit den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts), Umdruck, S. 8 (zur Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht), verfügbar über <http://www.gluecksspielstaatsvertrag.de/urteile.php>.

2 Für den gesamten Glücksspielmarkt wird für 2006 von einem Umsatz in Höhe von 27 Mrd. Euro ausgegangen, siehe BT-Drs. 16/6551 vom 2. Oktober 2007, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, S. 3.

3 Siehe allgemein mit zahlreichen weiteren Nachweisen Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch – Kommentar, 77. Aufl. 2006, § 284 Rn. 5.

chung trotz ihres Namens Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB. Auch bei dieser Spielform kommt dem Zufallselement ein deutliches Übergewicht gegenüber den vom Spieler zu beeinflussenden Umständen zu.⁴

Bei den §§ 284, 287 StGB handelt es sich um so genannte verwaltungsakzessorische Bestimmungen, da die Strafbarkeit von einer fehlenden behördlichen Erlaubnis abhängig gemacht wird. Das Glücksspiel(-veranstaltungs-)verbot wird also erst durch Verwaltungsrecht näher ausgestaltet und gilt nicht absolut.

2. Die Ausnahmen vom Glücksspielverbot

Das Glücksspielrecht wird mithin aufgrund der Verwaltungsakzessorietät des § 284 StGB durch seine – teilweise recht weit reichenden – Ausnahmen charakterisiert. Verwaltungsrechtliche Ausnahmetatbestände haben sowohl der Bund als auch die Landesgesetzgeber geregelt. Ein geschlossenes Regelwerk für das Glücksspielwesen existiert derzeit nicht.

a) Bundesrechtlich erlaubte Ausnahmen

Bundesrechtliche Ausnahmen vom Glücksspielverbot gelten für die Pferdewetten⁵ und für das derzeit noch in der Gewerbeordnung geregelte Automatenspiel. Der Bund stützt sich dabei auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Wirtschaft“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Für das „Recht der Spielhallen“ ist die Gesetzgebungskompetenz mit der Föderalismusreform 2006 auf die Länder übertragen worden (siehe Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG idF ab 2006), so dass die bestehenden Regeln für die Spielhallenerlaubnis in der Gewerbeordnung zwar über Art. 125a Abs. 1 GG fortgelten, aber von den Ländern durch eigene Regeln ersetzt werden könnten. Bisher haben die Länder, soweit ersichtlich, diese Kompetenz aber noch nicht in Anspruch genommen.⁶ Für das Thema Aufstellung von Spielautomaten (Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit, siehe dazu § 33i GewO) besitzt der Bund weiterhin die Gesetzgebungskompetenz (siehe dazu §§ 33c-33h GewO).⁷

4 BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2001, 6 C 2/01, (BVerwGE 114, 92 ff.), juris, Rn. 23.

5 Die Annahme von Pferde(renn-)wetten (Totalisator oder Oddset durch einen Buchmacher) bedarf einer Erlaubnis gem. §§ 1, 2 RennwettLottG (RGBl I 1922, 335, 393), zuletzt geändert durch Art. 119 Abs. 5 des Gesetzes vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

6 Siehe auch BT-Drs. 16/6551 vom 2. Oktober 2007, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage zum Glücksspielmarkt in der Bundesrepublik Deutschland, S. 2.

7 Höfling/Rixen, Die Landes-Gesetzgebungskompetenzen im Gewerberecht nach der Föderalismusreform, GewArch 2008, 1 (7 f.).

b) Landesrechtlich erlaubtes und zugleich monopolisiertes Glücksspiel

Die Länder haben in ihren Rechtsordnungen das Spielbankwesen, Lotteriewesen und das Recht, Sportwetten anzubieten, gestützt auf ihre Gesetzgebungskompetenz für das Recht der allgemeinen Sicherheit und Ordnung geregelt (Art. 70 GG).⁸

Der Betrieb einer Spielbank ist in allen Bundesländern starken Restriktionen unterworfen. Teilweise sehen die Landesspielbankgesetze vor, dass die Spielbanken staatlich betrieben werden, teilweise werden streng limitierte und ausgestaltete Konzessionen an private Betreiber vergeben.⁹

Lotterien und Sportwetten werden in den meisten Bundesländern von privatrechtlich organisierten Lotto-Gesellschaften angeboten, die sich im ausschließlichen Besitz des jeweiligen Bundeslandes befinden.¹⁰ Teilweise werden Lotterien und Sportwetten auch unmittelbar von staatlichen Einrichtungen angeboten. Die landesrechtlichen Grundlagen dieser staatlichen Tätigkeit waren in ihrer Ausgestaltung im Einzelnen sehr vielgestaltig.¹¹ Das trat jedoch gegenüber dem „Verbraucher“ kaum in Erscheinung. Gegenüber dem „Verbraucher“ boten die staatlichen oder staatlich kontrollierten Lotto-Gesellschaften ihre Produkte seit 1974 über den Deutschen Lotto- und Totoblock, einen Zusammenschluss in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, mit einheitlichen Quoten und einem im Wesentlichen einheitlichen Marketingkonzept an.¹² Jedoch unterschieden sich auch die staatlichen Anbieter in ihren Bearbeitungspreisen.¹³

Private Unternehmer konnten und können am Glücksspielmarkt größtenteils nicht unmittelbar teilnehmen. Eine Ausnahme hiervon bilden nur die vier Anbieter, die aufgrund gewerberechtlicher Genehmigungen der DDR aus dem Jahr 1990 tätig sind und Sportwetten im

8 BVerfG, Beschluss vom 18. März 1970, 2 BvO 1/65 (BVerfGE 28, 119 f. – Tronc-Abgabe –), juris, Rn. 101.

9 Siehe für Brandenburg das Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken in Brandenburg (Spielbankgesetz – SpielbG) vom 18. Dezember 2007 (GVBl. I S. 218, 223) und dessen § 3, demgemäß nur eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine privatrechtliche Gesellschaft, an der das Land Brandenburg unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt ist, die Erlaubnis zum Betrieb einer Spielbank erhalten kann; siehe für Berlin das Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken in Berlin (Spielbankengesetz – SpBG) vom 8. Februar 1999 (GVBl. S. 70), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 2007 (GVBl. S. 604) und dessen § 1, demgemäß nur höchsten zwei öffentliche Spielbanken, betrieben von privaten Spielbankenunternehmern, zugelassen werden können.

10 Zu den Besonderheiten in Rheinland-Pfalz siehe § 25 Abs. 3 GlüStV und dazu VG Trier, Beschluss vom 28. April 2008, 1 L240/09 TR, Umdruck, S. 3-6.

11 Siehe dazu die Übersicht und die Nachweise bei Janz, Rechtsfragen der Vermittlung von ODDSET-Wetten in Deutschland, NJW 2003, 1694 (1695).

12 Siehe zum sog. „Blockvertrag“ den Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. August 2006, Az. B 10 – 92713 – Kc – 148/05, Rz. 8.

13 Siehe dazu in tatsächlicher Hinsicht den Beschluss des Bundeskartellamts vom 23. August 2006, (Fn. 12), Rz. 203 ff.

Bundesland ihres Geschäftssitzes anbieten können, sowie die Buchmacher im Pferderennsport mit Genehmigungen auf der Grundlage des Renn- und Lotteriegesetzes des Bundes. Gewerbliche Anbieter entwickelten stattdessen die sog. Spielvermittlung. Spielvermittler sammeln Tipps und reichen sie bei dem jeweils günstigsten staatlichen Anbieter ein, oder sie bieten die Bildung von sog. Spielergemeinschaften an. Die Spielvermittler bieten derzeit ihre Dienstleistungen bundesweit und auch über das Internet an.

Ansonsten darf Glücksspiel nicht angeboten oder abgehalten werden. So werden etwa Pokertourniere gegen geldwerten Einsatz als unerlaubtes Glücksspiel angesehen.¹⁴

Durch den am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Staatsvertrag zum Lotteriewesen (LottStV), der trotz seines Namens auch für das Veranstellen und Vermitteln von Sportwetten galt,¹⁵ schufen die Länder einen bundesweit einheitlichen Rahmen für die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von Glücksspielen, soweit sie nicht bundesrechtlich geregelt sind, mit Ausnahme von Spielbanken. Auf der Grundlage dieses Vertrages hatten die Länder es sich als „ordnungsrechtliche Aufgabe“ vorbehalten, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen, das heißt, Glücksspiel für die Konsumenten anzubieten (§ 5 Abs. 1 LottStV).¹⁶ Gemäß § 5 Abs. 2 LottStV sollten die Länder dieses „Glücksspielangebot“ entweder selbst sicherstellen oder durch juristische Personen des öffentlichen Rechts oder aber auch durch juristische Personen des Privatrechts mit maßgeblicher Landesbeteiligung sicherstellen. Andere Anbieter wurden damit zugleich von diesem Tätigkeitfeld ausgeschlossen, denn anderen Veranstaltern durfte gem. § 5 Abs. 4 LottStV nur bestimmte Formen von „weniger gefährlichen Lotterien“¹⁷ erlaubt werden. Die staatliche Monopolisierung von Lotterie und Sportwetten sollte ausweislich des § 1 LottStV „den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung“ in geordnete und überwachte Bahnen lenken, zugleich aber auch sicherstellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wird. Die „Schutzfunktion“ des (landes-)staatlichen Monopols war in § 4 LottStV insoweit näher ausgestaltet, als dort vorgeschrieben war, dass das Glücksspielangebot

14 Siehe dazu BT-Drs. 16/6551, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, S. 4; siehe auch eine Pressemeldung des Innenministeriums Rheinland-Pfalz vom 21. Mai 2008 zu dem Verbot von Poker-Veranstaltungen in Rheinland-Pfalz.

15 Siehe für Brandenburg: Gesetz zum Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland vom 20. April 2004, (GVBl. I S. 160), Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Staatsvertrages am 15. Juli 2004 (GVBl. I S. 390).

16 Siehe zur Rechtslage und zu Gerichtsentscheidungen auch die umfassende, rechtsvergleichende Darstellung des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung „Study of Gambling Services in the internal market of the European Union“ vom 14. Juni 2006 im Auftrag der Europäischen Kommission, Teil 1, S. 265-385, verfügbar über http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_de.htm.

17 Hauptgewinn geringer als 1 Mill Euro, Ziehungsergebnisse nicht öfter als zweimal in der Woche, kein planmäßiger Jackpot, siehe § 13 Abs. 2 Nr. 1 GlüStV.

den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen dürfe, Art und Umfang der Werbemaßnahmen für Glücksspiele „angemessen“ sein sollten und die Anbieter der Spiele Informationen über Spielsucht, ihre Prävention und Behandlungsmöglichkeiten bereit halten sollten. Mit dem Staatsvertrag sollte jedoch nichts an der bestehenden Struktur staatlicher oder staatlich kontrollierter Lotto- und Sportwettenanbieter geändert werden. Vielmehr sollte das faktisch bundesweit bestehende, staatliche Monopol für Sportwetten und die marktbeherrschende Stellung der staatlichen Lotterieangebote durch ein eindeutiger an ordnungsrechtlichen Kautelen ausgerichtetes Regelwerk rechtlich abgesichert werden. Zugleich sollte durch einen zusätzlichen Staatsvertrag das Regionalprinzip der staatlichen oder staatlich kontrollierten Anbieter gegenüber dem sich entwickelnden Markt der privaten Spielvermittler abgesichert werden.¹⁸

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu staatlich organisierten Sportwetten (ODDSET) vom 28. März 2006 erklärt hatte, dass das auf diese Weise festgeschriebene staatliche Monopol für Sportwetten jedenfalls in der seinerzeitigen Form nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sei, da seine Umsetzung nicht konsequent an den postulierten ordnungsrechtlichen Zielen ausgerichtet sei, schlossen die Länder einen neuen Staatsvertrag, der am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist (Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland [Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV]).¹⁹

3. Wesentliche Regelungsgegenstände des Glücksspielstaatsvertrages

Der Glücksspielstaatsvertrag formuliert in § 1 die ordnungsrechtlichen Ziele, die mit ihm verfolgt werden sollen, wie die Bekämpfung der Spielsucht, die Kanalisierung des natürlichen Spieltriebes, Jugend- und Spielerschutz, Schutz vor betrügerischen Machenschaften. Mit diesem Staatsvertrag wird am staatlichen Monopol für Sportwetten und an der ordnungsrechtlich begründeten, marktbeherrschenden Stellung der staatlich oder staatlich kontrollierten Lotterieangebote festgehalten. Der Vertrag bezieht nunmehr auch das Spielbankenwesen, was den Schutz der Spieler vor den Gefahren der Spielsucht betrifft, ein. Das Glücksspielangebot „Lotto“ in seinen verschiedenen Spielvarianten und die Sportwette werden unverändert von den Lotto-Gesellschaften der Länder offeriert. Private Anbieter

18 Siehe den Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen, Gesetz vom 20. April 2004 (GVBl. I S. 158) und Bekanntmachung vom 7. September 2004 (GVBl. I S. 430).

19 Siehe Glücksspielgesetz des Landes Brandenburg vom 18. Dezember 2007, Artikel 1, Zustimmung zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GVBl. I S. 218).

bleiben in weiten Bereichen ausgeschlossen, das gilt insbesondere für Sportwetten, aber auch für „große“ Lotterien.²⁰

§ 4 GlüStV sieht eine umfassende Erlaubnispflicht für die Veranstaltung und die Vermittlung von Glücksspielen vor. Anders als zuvor im LottStV ist nunmehr auch die gewerbliche Spielvermittlung erlaubnisbedürftig (§ 4 Abs. 1 Satz 1, § 19 GlüStV). Mit dem Erlaubnisvorbehalt verschränkt ist das Monopol der staatlichen oder staatlich kontrollierten Anbieter für einen großen Teil des Glücksspielangebots. Denn in § 10 Abs. 1 GlüStV haben sich die Vertragspartner selbst den Auftrag zugewiesen, ein ausreichendes Glücksspielangebot zur Verfügung zu stellen. Auf der Grundlage des § 10 Abs. 5 GlüStV können nur die Länder oder die von ihnen kontrollierten juristischen Personen (siehe § 10 Abs. 2 GlüStV) überhaupt eine Erlaubnis für große Lotterien und Sportwetten erhalten. Alle anderen Anbieter sind auf die Möglichkeit der Erlaubnis für Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential verwiesen (Dritter Abschnitt GlüStV). Da die Sportwetten (§ 21 GlüStV) nicht zu den auch für Private erlaubnisfähigen Veranstaltungen des Dritten Abschnitts GlüStV gehören, dürfen auch sie nur von den staatlichen oder staatlich kontrollierten Anbietern veranstaltet werden. Überdies bestimmt § 4 Abs. 2 S. 3 GlüStV, dass auf die Erteilung einer Erlaubnis kein Rechtsanspruch besteht.²¹

III. Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrages mit übergeordnetem nationalem Recht

Mit Hinblick auf die nationale Rechtsordnung ist insbesondere problematisch, ob allgemein die Erlaubnistatbestände des GlüStV und insbesondere das darin zugleich verankerte Monopol der staatlichen Lotto-Gesellschaften für bestimmte Glücksspiele mit der grundgesetzlich verankerten Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar sind.

20 „Kleine“ Lotterien sind im Sinne von § 33h Nr. 2 GewO Ausspielungen auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnliche Veranstaltungen, bei denen der Gewinn in geringwertigen Gegenständen besteht; aber siehe nunmehr auch die sog. Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential gem. §§ 12 ff. GlüStV.

21 Die Behörde wird dadurch ermächtigt, auch bei Vorliegen aller Genehmigungsvoraussetzungen die Erlaubnis zu versagen, soweit weitere zulässige Ermessensgesichtspunkte für eine Versagung der Erlaubnis sprechen. Der Antragsteller hat jedoch einen Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung. Eine willkürliche Versagung der Erlaubnis kommt nicht in Betracht. Insbesondere darf die Genehmigungsbehörde nur sachgemäße Ermessensgesichtspunkte für ihre Entscheidung heranziehen.

1. Der teilweise Ausschluss gewerblicher Anbieter vom Glücksspiel und die Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

a) Das Anbieten oder Halten von Glücksspielen als grundrechtlich geschützter Beruf

Art. 12 Abs. 1 GG schützt sowohl die Berufsausübung als auch die Entscheidung für einen bestimmten Beruf, also die Berufswahl. Unter Beruf ist dabei jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu sehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient. Auch juristische Personen des Privatrechts können sich auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen.²² Es kommt nicht darauf, ob diese Tätigkeit durch den einfachen Gesetzgeber erlaubt bzw. verboten ist.²³ Den Schutz der Berufsfreiheit soll eine Tätigkeit im oben genannten Sinne erst dann verlieren, wenn sie schlechthin sozial- oder gemeinschädlich ist. Das strafrechtlich bestimmte Verbot, Glücksspiel zu veranstalten, zu halten oder zu vermitteln, verbannt diese Tätigkeiten daher nicht von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Jedoch liegen das Glücksspiel oder jedenfalls bestimmte Arten von Glücksspielen in unserer Gesellschaft sicherlich in einem Grenzbereich zwischen „noch“ tolerierter Betätigung von „Anbietern“ und „Verbrauchern“ und einer als sozialschädlich angesehenen Betätigung. Diese schwierige Grenzziehung spiegelt sich auch in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Glücksspiel wider.

Den Betrieb einer Spielbank qualifizierte das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 2000 als eine „an sich unerwünschte Tätigkeit“ und zog daraus den Schluss, dass dieser Betätigung nicht die volle Schutzwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG zukommen könne. Vielmehr sei der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bereits von vornherein sehr weit; es könnten nicht die üblichen sehr strengen Maßstäbe für objektive Zulassungsbeschränkungen der Berufswahl (staatliche Monopole, kontingentierte Konzessionen) angelegt werden.²⁴

Hingegen ging das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung „ODDSET“ für die gewerbliche Veranstaltung von Sportwetten davon aus, dass diese Betätigung ohne Einschränkung als Betätigung im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen sei.²⁵ Der (einfache) Gesetzgeber könne darauf nicht Einfluss nehmen, indem er die private, gewerbliche

²² BVerfGE 97, 228 (252).

²³ Unzutreffend daher die Aussage von *Weidemann*, Höchstrichterliche Sportwetten-Akrobatik, NVwZ 2008, 278 (279), die Verbotsnorm § 284 StGB habe zur Folge, dass jede weitere (landesrechtliche) Regulierung des Glücksspiels „grundrechtsimmun“ sei.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 2000, 1 BvR 5639/96 (BVerfGE 102, 197-224), juris Rn. 69.

²⁵ BVerfG, Urteil vom 28. März 2006, 1 BvR 1054/01 (BVerfGE 115, 276-320 – ODDSET), juris, Rn. 84.

Veranstaltung von Sportwetten für „sozial unerwünscht“ erkläre. Auch die bereits bestehende Monopolisierung des Glücksspielangebots indiziere nicht, dass diese Tätigkeit von vornherein nur der öffentlichen Hand vorbehalten sei.²⁶ Der Beruf des Wettunternehmers weist also keine dem Spielbankenunternehmer vergleichbaren atypischen Besonderheiten im Sinne gesteigerter Gefährdungspotentiale auf, denen durch Einschränkungen beim Schutzbereich der Berufsfreiheit Rechnung getragen werden muss.²⁷ Staatliche Beschränkungen, die der Gesetzgeber dem Anbieter von Sportwetten auferlegt, sind daher als Eingriff in das Recht der Berufsfreiheit rechtfertigungsbedürftig.

b) Das strafrechtliche Glücksspielverbot in Verbindung mit den Ländermonopolen für Sportwetten und Lotterien

Ob eine solche verfassungsrechtliche Rechtfertigung gelingt, hängt davon ab, wie einschneidend ein Grundrechtseingriff im Verhältnis zu dem angestrebten Ziel und den eingesetzten Mitteln für den Träger des Grundrechts ist.

Zunächst muss der Grundrechtseingriff zu Lasten der potentiellen gewerblichen Glücksspielanbieter konkret betrachtet werden. Da das Glücksspiel in Form der Lotterien und der Sportwette gemäß §§ 284, 287 StGB in Verbindung mit den durch den Glücksspielstaatsvertrag festgeschriebenen Ländermonopolen für (große) Lotterien und Sportwetten im Ergebnis von Privaten nicht legal angeboten werden kann (s.o.), wird deren Berufsfreiheit in Gestalt einer Beschneidung der Berufswahlfreiheit in erheblicher Weise eingeschränkt.²⁸ Denn die im GlüStV außerhalb des Dritten Abschnitts (§§ 12-18 GlüStV) geregelten Glücksspiele dürfen überhaupt nicht von gewerblichen Anbietern angeboten werden; diese gewerblichen Tätigkeiten stehen von vornherein nicht „zur Wahl“.

Für das Grundrecht der Berufsfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung ein dreistufiges System der Eingriffsintensität mit jeweils gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen entwickelt.²⁹ Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl durch Zulassungsbeschränkungen (das sind solche Beschränkungen, die mit den persönlichen Eigenschaften und Möglichkeiten des Berufsbewerbers nichts zu tun haben und auf deren

²⁶ BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 86 ff.

²⁷ Horn, Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006, 1 BvR 1054/01, JZ 2006, 789 (790).

²⁸ Für einen an sich notwendigen noch strengeren Prüfungsmaßstab bei staatlichen Monopolen, Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 113 m.w.N.

²⁹ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (401 ff. – Apotheken-Urteil); siehe dazu auch beispielsweise Tettinger/Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 100.

Erfüllung der Betroffene keinen Einfluss nehmen kann) erreichen regelmäßig die schwerste Eingriffsstufe.

Sodann muss das mit dem Eingriff verfolgte Ziel in den Blick genommen werden. Eingriffe auf der höchsten Intensitätsstufe dürfen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann erfolgen, wenn sie für den Schutz überragend wichtiger Gemeinwohlgüter erforderlich sind. Überragend wichtige Gemeinwohlgüter kann der Gesetzgeber nicht selbst formulieren. Sie müssen sich aus der Verfassung ergeben. Weniger intensive Eingriffe in die Berufswahl oder gar Regelungen, die nur die Berufsausübung betreffen, können im ersteren Fall durch wichtige Gemeinwohlziele oder im letzteren Fall sogar schon durch sachlich vernünftige Gründe gerechtfertigt werden.

Zu den Maßstäben, die in diesem Zusammenhang an ein staatliches Monopol für Sportwetten angelegt werden müssen, äußerte sich das Bundesverfassungsgericht in der bereits mehrfach erwähnten ODDSET-Entscheidung. In dieser Entscheidung knüpfte das Gericht zunächst an seine klassische Stufen-Rechtsprechung an. Das Gericht hielt die Errichtung eines staatlichen Wettmonopols dann für legitim, wenn es mit dem Ziel errichtet wurde, Gefahren der Abhängigkeit und der Spielsucht für die Bürger abzuwehren. Diese Ziele leiten sich unmittelbar aus der in Art. 2 Abs. 1 GG mitenthaltenen Schutzpflicht des Staates für die Gesundheit seiner Bürger ab³⁰ und können daher als überragend wichtige Gemeinschaftsgüter eingeordnet werden.

In den weiteren Darlegungen zur Rechtfertigung des staatlichen Glücksspielmonopols legte das Gericht allerdings weniger strenge Maßstäbe an, als nach der klassischen Stufen-Rechtsprechung zu erwarten gewesen wäre. So sah das Bundesverfassungsgericht den Schutz der Wettteilnehmer vor betrügerischen Machenschaften unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes³¹ und die Abwehr von Gefahren durch die mit dem Wetten verbundene Folge- und Begleitkriminalität³² als im verfassungsrechtlichen Sinne tragfähige Zwecke an. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lassen nicht erkennen, ob es auch diese Ziele letztendlich für überragend wichtige Güter des Gemeinwohls hält oder ob es bei der Bestimmung legitimer Ziele für ein staatliches Wettmonopol von den abgesenkten Rechtfertigungsanforderungen der zeitlich vorangegangenen Entscheidungen zu Spielbanken auch für Sportwetten ausgeht.³³

30 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 99.

31 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 103.

32 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 105.

33 Zu diesem „mittleren“ Legitimationsniveau siehe *Hermes*, Die Beschränkung für die Vermittlung öffentlicher Glücksspiele im Entwurf eines Staatsvertrages zum Glücksspielwesen (Rechtsgutachten erstattet

In einem Punkt äußerte sich das Bundesverfassungsgericht hingegen sehr deutlich: Fiskalische Interessen können das Sportwettenmonopol keinesfalls rechtfertigen; hierbei handle es sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nicht um einen legitimen Zweck.³⁴

Sodann wandte sich das Bundesverfassungsgericht den von den Vertragsparteien des Lotteriestaatsvertrages eingesetzten Mitteln zu, mit denen die oben geschilderten Ziele erreicht werden sollen, und prüfte deren Verhältnismäßigkeit. Das Bundesverfassungsgericht hielt ein staatliches Sportwettenmonopol jedenfalls „grundsätzlich“ für ein geeignetes Mittel, die zuvor als legitim eingestuften Zwecke zu verfolgen. In diesem Zusammenhang hob das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung hervor, dass dem Gesetzgeber insofern ein Einschätzungs- und Prognosespielraum gebühre.³⁵

In concreto beurteilte das Bundesverfassungsgericht das bayerische Staatslotteriesgesetz, das den Lotteriestaatsvertrag der Länder von 2004 konkretisierte, als unverhältnismäßig und listete die Mängel auf, unter denen die konkrete Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols litt. Dabei betonte das Gericht, dass es sich bei diesen Defiziten nicht etwa um Vollzugsdefizite, sondern um Regelungsdefizite handele.³⁶ Zugleich formulierte das Bundesverfassungsgericht folgende Maßgaben für ein staatliches Sportwettenmonopol:³⁷

- Die gesetzlichen Bestimmungen müssten inhaltliche Kriterien betreffend Art und Zuschnitt der Sportwetten, sowie Vorgaben zur Beschränkung ihrer Vermarktung enthalten.
- Die Werbung für das Wettangebot habe sich zur Vermeidung eines Aufforderungscharakters bei Wahrung des Ziels, legale Wettmöglichkeiten anzubieten, auf eine Information und Aufklärung zu beschränken.
- Die Einzelausgestaltung sei an dem Ziel der Suchtbekämpfung und dem damit verbundenen Spielerschutz auszurichten, auch etwa durch Vorkehrungen

im Auftrag der Tipp24 AG), in: Hermes/Horn/Pieroth, Der Glücksspielstaatsvertrag, 2007, S. 66.

34 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 107.

35 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 113.

36 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 120.

37 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 122 ff.; siehe auch die Zusammenstellung bei *Koenig/Ciszewski*, Novellierung der gesetzlichen Grundlagen des Glücksspielrechts durch eine duale Glücksspielordnung, DÖV 2007, 313 (313); die verfassungsrechtliche Beurteilung trifft nicht nur auf Bayern zu, sondern auch auf die Regelungen anderer Bundesländer, siehe Kammerbeschluss vom 4. Juli 2006, 1 BvR 138/05 zur Rechtslage in Baden-Württemberg; Kammerbeschluss vom 2. August 2006, 1 BvR 2677/04 zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen; Kammerbeschluss vom 18. Dezember 2006, 1 BvR 874/05 zu Sachsen-Anhalt.

wie der Möglichkeit der Selbstsperre. Geboten seien Maßnahmen zur Abwehr von Suchtgefahren, die über das bloße Bereithalten von Informationsmaterial hinausgingen.

- Die Vertriebswege seien so auszuwählen, dass Möglichkeiten zur Realisierung des Spieler- und Jugendschutzes genutzt würden. Insbesondere liefere eine Verknüpfung von Wettmöglichkeiten mit Fernsehübertragungen von Sportereignissen dem Ziel der Suchtbekämpfung zuwider; sie verstärke die mit dem Wetten verbundenen Risiken.
- Schließlich habe der Gesetzgeber die Einhaltung dieser Anforderungen durch geeignete Kontrollinstanzen sicherzustellen, die eine ausreichende Distanz zu fiskalischen Interessen des Staates aufweisen müssten.

Das Bundesverfassungsgericht stellte dem Gesetzgeber frei, diese von ihm postulierten verfassungsrechtlichen Erfordernisse entweder in Form eines adäquat ausgestalteten staatlichen Wettmonopols oder durch eine kontrollierte Zulassung von gewerblicher Veranstaltung zu verwirklichen.³⁸ Dem betroffenen Landesgesetzgeber wurde eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2007 gewährt, um die beschriebenen Maßgaben in einer Neuordnung umzusetzen.³⁹

c) Der weitgehende Ausschluss gewerblicher Anbieter von Glücksspielen am Maßstab der ODDSET-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Mit dem Glücksspielstaatsvertrag von 2007 haben sich die Länder für die Entscheidungsalternative „adäquate Ausgestaltung des Sportwettenmonopols“ und gegen eine umfassende Freigabe des Glücksspiels für gewerbliche Anbieter entschieden. Ob es den vertragsschließenden Parteien damit wirklich gelungen ist, die detaillierten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu erfüllen und damit einen verfassungswidrigen Eingriff in die Berufsfreiheit potentieller Glücksspielanbieter zu vermeiden, wird unter verschiedenen Gesichtspunkten in Frage gestellt.

aa) *Übertragung der ODDSET-Grundsätze zur „grundsätzlichen Zulässigkeit eines staatlichen Monopols“ auf andere Glücksspiele (insbesondere Lotterie)?*

Der Glücksspielstaatsvertrag regelt nicht nur den Sportwettenmarkt, sondern soll so weit als kompetenzrechtlich möglich einen ordnungsrechtlichen Rahmen für das gesamte

38 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 148.

39 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 156.

Glücksspielwesen schaffen (vgl. § 2 GlüStV). Somit stellt sich die Frage, inwiefern die Aussagen der ODDSET-Entscheidung auch für den übrigen Glücksspielsektor Bedeutung gewinnen können beziehungsweise inwieweit sie von den Ländern auf andere Bereich des Glücksspiels übertragen werden können oder dürfen. Aus der Sicht der Grundrechtsbetroffenen lässt sich die Frage daraufhin zuspitzen, ob das vom Bundesverfassungsgericht „grundsätzlich“ als zulässig angesehene staatliche Monopol für Sportwetten auch für „weniger gefährliche“ Glücksspiele wie die Lotterie (siehe zur Legaldefinition § 3 Abs. 3 S. 1 GlüStV) noch verhältnismäßig im Sinne dieser Rechtsprechung ist. Von Kritikern wird eingewandt, die Vertragsparteien des Glücksspielstaatsvertrages hätten ihren Einschätzungs- und Prognosespielraum hier überdehnt. Dieser Kritik soll im Folgenden nachgegangen werden.

Medizinisch/psychologisch dürfte unstreitig sein, dass verschiedene Glücksspiele unterschiedlich „gefährlich“ sind, also unterschiedliche Suchtpotentiale haben. Weiterhin dürfte auch noch unstreitig sein, dass Lotterien im Vergleich zu anderen Formen des Glücksspiels zu den Glücksspielen mit geringerem Suchtpotential gehören.⁴⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht schließt sich daran die Frage an, ob die dem Staatsvertrag zugrundeliegende Annahme, auch weniger gefährliche Glücksspiele wie die Lotterie würden immerhin noch ein beachtliches Suchtpotential enthalten und könnten deshalb im weiten Umfang zulässigerweise durch staatliche Monopole kontrolliert und in „geordnete und überwachte“ Bahnen gelenkt werden, innerhalb des den Vertragsparteien zustehenden Einschätzungs- und Prognosespielraums liegt. Immerhin liegt die Überlegung nahe, dass zwischen verschiedenen Glücksspielen und ihrem jeweiligen Gefährdungspotential unterschieden werden muss.⁴¹

Die Vertragsparteien gehen im Ergebnis aber davon aus, dass auch von Lotterien noch ein beachtliches Gefährdungspotential ausgeht. In der Begründung des Zustimmungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag wird hierzu die besondere Gefährlichkeit von so genannten Jackpot-Lotterien hervorgehoben und auf Studien verwiesen, die von einem klar erkennbaren Suchtpotential der Lotterien auch in ihrer derzeitigen Form berichten.⁴²

40 Meyer/Hayer, Das Gefährdungspotential von Lotterien und Sportwetten, Abschlussbericht der Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, S. 8, 151, verfügbar über <http://www.landesfachstelle-gluecksspielsucht-nrw.de/materialien.php?PHPSESSID=f1fb1a8ea25ad6540430babeb2d6885c> [11. Juni 2008].

41 Vgl. in Bezug auf eine mögliche Verletzung der nach dem EFTA-Vertrag gewährten Dienstleistungsfreiheit EFTA-Gerichtshof, Entscheidung vom 30. Mai 2007, E-3/06, – *Ladbrokes Ltd.* (verfügbar über http://www.eftacourt.int/index.php/cases/decided_cases/P10/), Rn. 56 f. : „Moreover, as the objectives pursued may not apply to all games of chance covered by the [norwegian] Gaming act, it may also be necessary to distinguish between the different games.“

42 Bbg LT-Drs. 4/5156, S. 73.

Das Bundeskartellamt beispielsweise war hingegen von vornherein in seinem Beschluss vom 23. August 2006 der Auffassung, die ODDSET-Entscheidung sei nicht auf Lotterien übertragbar.⁴³ Denn das Bundeskartell schloss bereits aus dem vorgelegten wissenschaftlichen Material, dass Lotterien nur ein geringes Suchtpotential aufwiesen und deshalb private Anbieter keinesfalls vollständig vom Lotteriemarkt ausgeschlossen werden könnten.

Aber auch die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts in der ODDSET-Entscheidung zum Einschätzungs- und Prognosespielraum sind mehrdeutig. Legt man zunächst nur den auch vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der „grundsätzlichen Zulässigkeit eines staatlichen Monopols“ betonten „weiten“ Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers bezüglich des Gefahrenpotentials verschiedener Arten von Glücksspiel zugrunde, wird man konstatieren müssen, dass die von den Vertragsparteien angestellten Überlegungen jedenfalls nicht bar jeder wissenschaftlichen Grundlage und deshalb auch nicht offensichtlich fehlsam sind.⁴⁴ Aus dieser Perspektive haben die Vertragsparteien ihren Einschätzungs- und Prognosespielraum zur Geeignetheit eines staatlichen Monopols wohl nicht überschritten.

Jedoch blendet der alleinige Blick auf die Postulate des Bundesverfassungsgerichts zum Einschätzungs- und Prognosespielraum zur „grundsätzlichen Zulässigkeit eines staatlichen Monopols“ wichtige Aussagen der Entscheidung vorschnell aus. Trotz des dem Gesetzgeber abstrakt zugestandenen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraums hat das Bundesverfassungsgericht in der ODDSET-Entscheidung detailliert dargelegt, in welchem Umfang die damaligen Rechtsgrundlagen den verfassungsmäßigen Anforderungen (dort in Bezug auf Sportwetten) nicht genügten. Bei der Ausgestaltung des Monopols im Einzelnen billigte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber daher im Ergebnis nur einen begrenzten Einschätzungsspielraum zu.

Lotterie und Sportwette unterscheiden sich zudem dadurch, dass es sich bei der Lotterie um ein bereits lange Zeit eingeführtes, bei den ODDSET-Wetten um ein relativ neues Angebot in Deutschland handelt. Auch dies dürfte Einfluss auf den Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers haben.

⁴³ Bundeskartellamt, Beschluss vom 23. August 2006, (Fn. 12), Rz. 292.

⁴⁴ So auch das Gutachten über europa- und verfassungsrechtliche Aspekte zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 11. Oktober 2007, erstellt durch den Wissenschaftlichen Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags, (Autor: Caspar), S. 20.

Namentlich das Bundesverwaltungsgericht hatte in seiner durch die ODDSET-Entscheidung aufgehobenen Entscheidung ein Staatsmonopol im Rahmen der gesetzgeberischen Gefahrenprognose deswegen für (noch) gerechtfertigt gehalten, weil das Phänomen der Sportwette noch relativ neu und seine Gefahren relativ schwer abzuschätzen seien. Im Weiteren hatte das Bundesverwaltungsgericht deshalb gefordert, dass der Gesetzgeber nach einer gewissen Zeitspanne seine Einschätzung zur „Gefährlichkeit der Sportwetten“ überprüft.⁴⁵ Anders als die in Deutschland relativ neue Erscheinung der Sportwetten existieren Lotterien aber schon sehr lange. Damit steigt auch die Darlegungslast für die Begründung eines Lotterie-Monopols gegenüber der für monopolisierte Sportwetten. Vor diesem Hintergrund könnte man durchaus daran zweifeln, dass die Vertragsparteien ihre Einschätzung des Gefahrenpotentials aus Anlass der Neuordnung des Glücksspielwesens durch den GlüStV tatsächlich kritisch und ergebnisoffen hinterfragt und in sich schlüssig dargelegt haben. Auf tragfähigen Studien, die die spielsuchtminimierende Wirkung staatlicher Lotterien gegenüber der spielsuchtfördernden gewerblichen Lotterie plausibel darlegen, verweist die Begründung des Glücksspielstaatsvertrages nicht, obwohl nur ebendies die von gewerblichen Lotterien ausgehenden Gefahren hätte begründen können.⁴⁶ Mithin begegnet es beachtlichen Bedenken, dass der Glücksspielstaatsvertrag verschiedene Glücksspiele unterschiedslos zu Gegenständen eines staatlichen Monopols macht.

bb) Vertriebswege: Die Allverfügbarkeit des Glücksspiels

Das Bundesverfassungsgericht beschreibt in seiner ODDSET-Entscheidung das Vertriebssystem der bayrischen Lotto-Gesellschaft folgendermaßen:

„Die Staatliche Lotterieverwaltung vertreibt ODDSET über ihr breit gefächertes Netz von Lotto-Annahmestellen, dem die offizielle Maxime 'weites Land - kurze Wege' zugrunde liegt. Dabei handelt es sich vor allem um Zeitschriften- und Tabakläden oder ähnliche kleine oder mittelständische Gewerbebetriebe, so dass der Vertrieb in bewusster Nähe zum Kunden stattfindet. Dadurch wird die Möglichkeit zum Sportwetten zu einem allorts verfügbaren 'normalen Gut des täglichen Lebens'.“⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht gelangte zu der Auffassung, dass diese Vertriebsform nicht auf eine Bekämpfung der Wettleidenschaft und der Begrenzung der Suchtgefahren ausgerichtet ist.

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 28. März 2001, 6 C 2/01, juris, Rn. 42-44.

⁴⁶ Vgl. dazu auch EFTA-Gerichtshof, (Fn. 41) – *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 45: „In order for there to be a genuine diminution, the gaming policy as a whole must at least provide for a lower level of gambling addiction in society than would be the case without restrictions on free movement in relation to gaming services.“

⁴⁷ BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 138.

Die staatlichen oder staatlich kontrollierten Lotto-Gesellschaften führen jedoch auch auf der Grundlage des Glücksspielstaatsvertrages dieses Vertriebssystem grundsätzlich in der beschriebenen Form fort (sog. terrestrischer Vertrieb). Weiterhin werden Glücksspielangebote nicht von gesellschaftseigenen Vertriebsstellen, sondern von Konzessionsinhabern vertrieben. Die Konzessionsinhaber erhalten pro verkauftem Los oder angenommener Wette eine Provision von durchschnittlich ca. 7 % des Verkaufspreises.⁴⁸ Der GlüStV hat die Frage der Vertriebswege nur ganz ansatzweise im Rahmen des § 17 (Form und Inhalt der Erlaubnis) angesprochen. Gem. § 17 Nr. 5 GlüStV ist in der Erlaubnis für den Veranstalter auf der Grundlage des § 14 GlüStV auch die Vertriebsform festzulegen. Weitere Einschränkungen oder Vorgaben ergeben sich aus dem GlüStV nicht. Das ist schon deswegen bedenklich, weil das bisherige „traditionelle“ terrestrische Vertriebssystem jedenfalls billigend in Kauf nimmt, dass zumindest der einzelne Inhaber einer Annahmestelle an einem möglichst hohen Umsatz interessiert ist/sein muss. Auf diese Weise wird über das traditionelle Vertriebssystem die vom GlüStV in § 10 Abs. 1 postulierte ordnungsrechtliche Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen, weiterhin mit gewerblichen Interessen verknüpft. Das vom Bundesverfassungsgericht befürchtete Spannungsverhältnis zwischen fiskalischen Interessen und dem Auftrag der Spielsuchtbekämpfung⁴⁹ besteht mithin auf der Vertriebsebene als Spannungsverhältnis zwischen gewerblichen Interessen und dem Auftrag der Spielsuchtbekämpfung fort.⁵⁰

Schon auf der staatsvertraglichen Ebene (siehe auch noch unten zur Konkretisierung durch ein Ausführungsgesetz) lässt sich folglich fragen, ob der gesetzgeberische Spielraum der Vertragspartner durch die ODDSET-Entscheidung demgegenüber nicht bereits so stark eingeschränkt sein könnte, dass der Vertrieb nicht mehr durch Konzessionsinhaber (Handelsvertreter), sondern nunmehr durch Angestellte der staatlichen Lotterieverwaltung zu erfolgen habe.⁵¹

Möglicherweise hätte bereits im Staatsvertrag angeordnet werden müssen, die bestehende Zahl von Annahmestellen des bisherigen Vertriebsnetzes nach bestimmten Kriterien nicht nur zu „begrenzen“ (dies könnte auch bedeuten „beibehalten“), sondern zu reduzieren, die Vergabe von Konzessionen in der Nähe von Schulen und Jugendeinrichtungen zu

48 Siehe dazu die Darstellung der Land Brandenburg Lotto GmbH unter http://www.lotto-brandenburg.de/index.php?option=com_content&task=view&id=26&Itemid=28.

49 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 123.

50 Nach Auffassung des Bundeskartellamts im Beschluss vom 23. August 2006, (Fn. 12), Rz. 77, ist der Provisionsanreiz der Inhaber der Annahmestellen „sehr groß“, kritisch auch VG Freiburg, Urteil vom 16. April 2008, 1 K 2052/06, Umdruck, S. 18.

51 Siehe dazu VG Berlin, Beschluss vom 5. Mai 2008, VG 35 A 108.08, Umdruck, S.13; verfügbar über <http://www.gluecksspielstaatsvertrag.de/urteile.php>.

verbieten,⁵² den Verkauf bestimmter potentiell gefährlicherer Spielangebote (Sportwetten) auf bestimmte Annahmestellen zu beschränken oder den Vertrieb sonst im Sinne der in § 1 GlüStV genannten Ziele konkret zu beschränken, um der Forderung des Bundesverfassungsgerichts, Glücksspiel dürfe nicht als „Gut des täglichen Lebens“ verkauft werden, Geltung zu verschaffen.

cc) Gebotene Beschränkung der Werbung und angemessene Information

Fragen könnte man sich auch, ob die Werbebeschränkung in § 5 GlüStV der Forderung des Bundesverfassungsgerichts, dass ein Aufforderungscharakter vermieden werden solle, tatsächlich genügt. Zwar beschränken § 5 Abs. 3 und § 21 Abs. 2 S. 2 GlüStV die Kanäle der Werbung erheblich (keine Fernsehwerbung, keine Werbung über das Internet, keine Telefonwerbung, keine Trikot- und Bandenwerbung), jedoch soll Werbung in Form von Werbematerial und Spielangeboten per Post und Werbung im Hörfunk⁵³, Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften, Plakaten und Leuchtreklame und Werbung in den Annahmestellen weiterhin erlaubt sein.⁵⁴ Inhaltlich konkretisiert der GlüStV die Abgrenzung unzulässiger Werbung mit Aufforderungscharakter von noch zulässiger Werbung nicht näher.⁵⁵ Die Interpretation von Werbung in der Begründung des GlüStV-Entwurfes, dass unter Werbung mit Aufforderungscharakter nur gezielte Formen des Aufforderns, Anreizens oder Ermunterns, wie z. B. Rabatte, Gutscheine und ähnliche Aktionen gemeint sein können,⁵⁶ weckt Zweifel, da möglicherweise zwischen „Werbung“ und „informierender Werbung“ gar nicht sinnvoll unterschieden werden kann.⁵⁷

Überdies können der ODDSET-Entscheidung neben dem Gebot der strengen Werbebeschränkung noch darüber hinausgehende Informationspflichten entnommen werden, die im GlüStV nicht angemessen aufgegriffen werden. Das Bundesverfassungsgericht erkennt auch den Verbraucherschutz als legitimes gesetzgeberisches Ziel bei der Schaffung eines staatlichen Wettmonopols an und erwähnt in diesem Zusammenhang die Gefahr der Täuschung über die Gewinnchancen bzw. die Notwendigkeit der Transparenz von Risiko und Gewinnchancen.⁵⁸ Der GlüStV nimmt diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts inso-

52 Siehe insofern allerdings ergänzend § 4 Abs. 1 LottGBbg; aber beispielsweise ohne jede nähere Bestimmungen zu der Örtlichkeit der Annahmestellen § 7 SächsGlüStVAG.

53 Siehe dazu VG Berlin, Beschluss vom 5. Mai 2008, VG 35 A 108.08, Umdruck, S. 23 f; VG Freiburg, Urteil vom 16. April 2008, 1 K 2052/06, Umdruck, S. 20, <http://www.gluecksspielstaatsvertrag.de/urteile.php>.

54 In diesem Sinne auch VG Berlin, Beschluss vom 5. Mai 2008, VG 35 A 108.08, Umdruck, S. 25.

55 Siehe dazu auch VG Berlin, Beschluss vom 5. Mai 2008, VG 35 A 108.08, Umdruck, S. 21 f.

56 Bbg LT-Drs. 4/5156, Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag, S. 70 f.

57 Ähnlich auch VG Berlin, Beschluss vom 5. Mai 2008, VG 35 A 108.08, Umdruck, S. 24 f. zur Werbung im Internet.

58 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 103.

weit auf, als er in § 7 Abs. 1 die Veranstalter zur Aufklärung über die Wahrscheinlichkeiten von Gewinn und Verlust und die Suchtrisiken verpflichtet. Dies ernst genommen müsste wohl zugleich realistisch und an geeigneter Stelle⁵⁹ über die Gewinnchancen, die Auszahlungsquoten und ähnliche Aspekte des Glücksspiels informiert werden.⁶⁰ Der GlüStV konkretisiert diese Verpflichtungen ansatzweise, indem in § 7 Abs. 2 GlüStV festgelegt wird, dass Lose, Spielscheine und Spielquittungen Hinweise auf die vom Glücksspiel ausgehenden Suchtgefahr und auf Hilfsmöglichkeiten enthalten müssen. In Bezug auf die Herstellung von Transparenz über die Gewinnwahrscheinlichkeiten des jeweiligen Glücksspiels, wird vom Veranstalter und dem Vermittler allerdings nur allgemein die Aufklärung über Wahrscheinlichkeiten von Gewinn und Verlust verlangt. Die Darstellungsform ist weder vorgeschrieben noch in Beziehung zur „informierenden Werbung“ gem. § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV gesetzt.⁶¹

Festzuhalten ist somit, dass der Glücksspielstaatsvertrag auch in Bezug auf die Aussagen der ODDSET-Entscheidung zur staatlich betriebenen Werbung Regelungsdefizite enthalten dürfte.

dd) Sonstige Regelungsdefizite/Konkretisierungsmängel des Glücksspielstaatsvertrages

Im Sinne der Suchtprävention hätte außerdem nahegelegen, bereits im GlüStV grundlegende Regelungen über Höchstesätze (absolut/innerhalb eines bestimmten Zeitraums),⁶² Jackpots, Anbieten von Spielsystemen, Sonderauspielungen und Ähnliches zu treffen. Der GlüStV regelt dies zwar für die auch für private Veranstalter erlaubnisfähigen Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential (§ 13 Abs. 2 GlüStV), jedoch nicht für die Lotterien und sonstigen Glücksspiele der staatlichen und staatlich kontrollierten Anbieter, die nach der Systematik des GlüStV als Glücksspiele mit höherem Gefährdungspotential gelten.

59 Der Vergleich mit den Bestimmungen für Tabakerzeugnisse, insbesondere die dort geregelte Verpflichtung zum Aufdruck von Warnhinweisen auf Packungen (§ 7 TabakProdV) liegt wahrscheinlich auf der Hand.

60 Sehr kritisch zur bisherigen Intransparenz des Glücksspiels als Verkauf von Hoffnung, *Adams/Tolkemitt*, Das staatliche Lotteriewesen – Eine wirtschaftswissenschaftliche und rechtspolitische Analyse des Deutschen Lotto- und Totoblocks, ZRP 2001, 511 f.

61 Das verwundert, da selbst in der Begründung zum GlüStV-Entwurf (Anlage) berichtet wird, dass die beteiligten Suchtexperten es durchweg für erforderlich gehalten haben, dass für die jeweiligen Glücksspiele auf die statistischen Gewinnwahrscheinlichkeiten mit eindeutig formulierten Informationen und Ausbringen deutlich sichtbarer Hinweise aufmerksam gemacht wird. Gerade dies verhindert nach Auffassung der Suchtexperten bereits im Vorfeld problematisches Spielverhalten, siehe Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag, zitiert nach MePo LT-Drs. 5/648, S. 56.

62 Kritisch hierzu auch VG Freiburg, Urteil vom 16. April 2008, 1 K 2052/06, Umdruck, S. 21.

2. Das brandenburgische Lotteriegesetz als Ausführungsgesetz des Glücksspielstaatsvertrages im Lichte höchstrichterlicher Anforderungen

Der Glücksspielstaatsvertrag schreibt in seinem § 24 S. 2 vor, dass die Länder die zur Ausführung des Staatsvertrages notwendigen Bestimmungen erlassen. Eventuelle Regelungsdefizite können daher im Grundsatz noch durch ein ergänzendes Landesausführungsgesetz behoben werden. Unabhängig davon sind die Landesgesetzgeber aber auch aufgrund des sog. Wesentlichkeitsgrundsatzes verpflichtet, insbesondere bei grundrechtsbeschränkenden Regelungen, die steuernden und begrenzenden Handlungsmaßstäbe für die Exekutive selbst zu formulieren. Soweit der Glücksspielstaatsvertrag Regelungsdefizite aufweisen sollte, war der brandenburgische Landesgesetzgeber aufgefordert, dieses Manko durch ergänzende Regelungen auszugleichen.⁶³ Ausfüllungsbedürftige Regelungsdefizite könnten bei der vom Bundesverfassungsgericht kritisierten Vertriebsstruktur bestehen. Aber auch die Grundsätze des Spielerschutzes werden in den §§ 1, 6, 7, 8 GlüStV nur allgemein aufgezählt, nicht hingegen vollständig in anwendbare Tatbestände gegossen.

a) Zahl der Annahmestellen

§ 4 Abs. 4 LottGBbg begrenzt die Zahl der zulässigen Annahmestellen abstrakt, indem er bestimmt, dass nicht mehr Annahmestellen unterhalten werden dürfen, als für die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots unter Berücksichtigung der Gefährdungspotentiale notwendig ist. Näheres wird der Ausgestaltung durch eine Verordnung des Innenministeriums überlassen (§ 4 Abs. 4 S. 3, § 15 Nr. 2 LottGBbg). Inhaltlich wird dabei nur auf die Bestimmungen des GlüStV verwiesen, ohne dass insbesondere die konkrete Anzahl⁶⁴ der zulässigen Annahmestellen oder die Berechnungskriterien⁶⁵ für die brandenburgischen Verhältnisse eines Flächenlandes genannt würden. Der in § 15 Nr. 2 der Verordnungsermächtigung gegebene Hinweis „unter Berücksichtigung der Einwohnerzahlen im Umkreis des jeweiligen Geschäftsraums“ konkretisiert gerade nicht, welcher Berechnungsschlüssel für die Zahl der Annahmestellen künftig gelten soll.⁶⁶ Vielmehr überlässt der Gesetzgeber die Festlegung der Zahl der Annahmestellen der Exekutive, die aber gleichzeitig Glücksspielaufsichtsbehörde ist und auch die Erlaubnisse erteilt.⁶⁷ Es bleibt zu vermuten,

⁶³ VG Berlin, Beschluss vom 5. Mai 2008, Az. VG 35 A 108.08, Umdruck, S. 7.

⁶⁴ Zu einer solchen Lösung siehe beispielsweise § 2 Abs. 5 ThürGGlStV vom 18. Dezember 2007 (GVBl. S. 243): die Gesamtzahl von 750 Annahmestellen darf in Thüringen nicht überschritten werden.

⁶⁵ Zu einer solchen Lösung siehe beispielsweise § 7 SächsGlüStV-AG vom 14. Dezember 2007 (GVBl. S. 442): eine Annahmestelle je 3.200 Einwohner.

⁶⁶ Offenbar für ausreichend hält diese Regelung wohl das VG Cottbus, Beschluss vom 22. April 2008, 3 L 343/07, Umdruck, S. 5.

⁶⁷ Vgl. VG Braunschweig, Beschluss vom 10. April 2008, 5 B 4/08, juris, Rn. 59 zu der Parallelvorschrift § 5 Abs. 5 Niedersächsisches GlüSpG.

dass die Zahl der Annahmestellen zwar nicht weiter ausgeweitet werden wird, jedoch ebenso wenig ernsthaft verringert werden soll. In diesem Fall bliebe es bei der Kritik des Bundesverfassungsgerichts, dass Sportwette und Lotto ein an allen Orten verfügbares normales Gut des täglichen Lebens ist.⁶⁸

b) Voraussetzungen für den Betrieb einer Annahmestelle gem. § 4 LottGBbg

Die näheren Bedingungen, die eine Annahmestelle eines Lotterieveranstalters erfüllen muss, werden in § 4 Abs. 1 LottGBbg beschrieben. Die dort genannten Kriterien (Unzulässigkeit des gleichzeitigen Betriebs zusammen mit einer Vergnügungsstätte am gleichen Ort oder in der Nähe zu einer solchen, unzulässiger Betrieb in einer Sportstätte oder in der Nähe zu einer solchen, unzulässige Nähe zu Einrichtungen oder Aufenthaltsorten für Jugendliche, Verbot des gleichzeitigen Ausschanks von alkoholischen Getränken) konkretisieren die Betriebsbedingungen für eine Annahmestelle näher im Sinne des § 1 GlüStV, verändern aber nicht zwangsläufig den vom Bundesverfassungsgericht monierten Umstand, dass Glücksspielangebote ein allorts verfügbares Gut sind. Die bisherige Vertriebsstruktur (Vertrieb zusammen mit Zeitschriften/Tabakwaren/Süßwaren in „Lotto-Lädchen“, Kiosken, Supermärkten, Tankstellen) wird dadurch nicht angetastet.⁶⁹

c) Spielersperre

Möglicherweise unzureichend ausgestaltet ist auch die Spielersperre gem. § 8 GlüStV, § 9 LottGBbg. Die Verpflichtung zur Einrichtung einer Sperrdatei trifft nur den staatlichen Anbieter und die Spielbankbetreiber (§ 9 Abs. 1 S. 1 LottGBbg). Spieler, die durch das Automatenglücksspiel gefährdet sind, können in dieser Datei nur dann erfasst werden, wenn sie die Spielbank besuchen wollen, um in den dortigen Automaten Sälen zu spielen. Ansonsten werden sie nicht erfasst.

Eine Spielersperre kann nur verhängt werden, wenn der Spieler sie selbst beantragt oder das Personal oder sonstige Dritte zufällig Anhaltspunkte für Spielsuchtgefährdung, Überschuldung oder überhöhte Spieleinsätze wahrnehmen. Diese Möglichkeiten dürften in der Praxis weitgehend leerlaufen.⁷⁰

68 Diese Befürchtung hegt für Rheinland-Pfalz das VG Trier, Beschluss vom 28. April 2008, 1 L 240/08.TR, Umdruck, S. 12 f.

69 Siehe auch Geschäftsbericht 2006 der Land Brandenburg Lotto GmbH, verfügbar über http://www.lotto-brandenburg.de/index.php?option=com_content&task=view&id=29&Itemid=32, S. 12: „Es soll keine Verringerung unseres bisherigen Händlernetzes geben.“

70 Siehe VG Freiburg, Urteil vom 16. April 2008, 1 K 2052/06, Umdruck, S. 20; möglicherweise wäre aber auch der Schluss zutreffend, dass es im Bereich der Sportwetten und der Lotterien gar kein riskantes Spielverhalten der Verbraucher zu beobachten gibt. Diese Schlussfolgerung wiederum würde das Konzept des staatlichen Glücksspielmonopols als solches in Frage stellen.

3. Erlaubnisbedürftigkeit des Vermittels von Glücksspielangeboten und ihre Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

Der Glücksspielstaatsvertrag regelt nunmehr auch die sog. Spielvermittlung. Im Sinne der Legaldefinition von § 3 Abs. 6 GlüStV betreibt gewerbliche Spielvermittlung, wer (1) einzelne Spielverträge an einen Veranstalter vermittelt oder (2) Spielinteressenten zu Spielegemeinschaften zusammenführt und deren Spielbeteiligung dem Veranstalter selbst oder über Dritte vermittelt. Spielvermittler (wichtige Anbieter FABER, FLUXX) warben bisher im Internet, durch Postversand oder über Callcenter Spielaufträge von Verbrauchern aus der ganzen Bundesrepublik ein und vermittelten diese zum überwiegenden Teil gegen Provision an eine oder mehrere Lottogesellschaften ihrer Wahl, mit der dann der Verbraucher einen Lotterie- oder Wettvertrag abschloss. Über diese unabhängig von den Lotto-Annahmestellen aufgebauten Vertriebswege konnten Verbraucher auch bei Lotto-Gesellschaften anderer Bundesländer an Glücksspielen teilnehmen. Mit der Tätigkeit der Spielvermittler setzte ein zunehmender verdeckter Wettbewerb der Lotto-Gesellschaften um die Spieleinsätze der Verbraucher ein. Mehrmals versuchten die staatlichen und staatlich kontrollierten Lotto-Gesellschaften diesen Wettbewerb durch Absprachen im Deutschen Lotto- und Totoblock zu beenden. Die Spielvermittler wehrten sich jedoch jeweils erfolgreich im Rahmen des Kartellrechts.⁷¹ Die Tätigkeit der Spielvermittler wurde erstmals durch § 14 LottStV näher geregelt. Einer Genehmigung oder Erlaubnis bedurfte es aber auch auf Grundlage dieser Bestimmung nicht.

In § 19 GlüStV wird die Tätigkeit der Spielvermittlung nunmehr unter Erlaubnisvorbehalt gestellt und damit stark eingeschränkt, wenn nicht gar faktisch unmöglich gemacht.⁷² Die Spielvermittler sind auch von den im Glücksspielstaatsvertrag festgelegten Werbeverboten⁷³ (insbesondere dem Internetwerbeverbot) in besonderer Weise betroffen.

a) Spielvermittlung als Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG

Für die Vermittlung von Sportwetten hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung ODDSET aus dem Jahre 2006 festgestellt, dass diese Tätigkeit ohne Einschränkung in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fällt.⁷⁴ Diese Einordnung kann ohne Weiteres auch auf die Vermittlung von Glücksspielen übertragen werden.

⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2007, VI-Kart 15/06 (V), juris, Ls. 6 und 7.

⁷² Siehe zu der den Spielvermittlern eingeräumten Übergangsfrist von einem Jahr § 25 Abs. 2 GlüStV.

⁷³ Siehe die gem. § 25 Abs. 6 GlüStV befristet bestehende Möglichkeit, Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspiel im Internet zu erlauben.

⁷⁴ BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 81.

b) Eingriff in die Berufsfreiheit der Spielvermittler und mögliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung

aa) *Möglicherweise fehlende Kompetenz der Länder zur Regulierung der Tätigkeit der Spielvermittler*

Ob die Länder die Tätigkeit der Spielvermittler überhaupt regeln dürfen, ist durchaus fraglich. Die Länder haben sich sowohl im Zusammenhang mit dem Lotteriestaatsvertrag als auch im Zusammenhang mit dem Glücksspielstaatsvertrag als dessen Fortentwicklung darauf berufen, dass das Glücksspielwesen als ordnungsrechtliche Aufgaben zu behandeln sei.⁷⁵ In der ODDSET-Entscheidung deutet das Bundesverfassungsgericht allerdings an, dass der Bund im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) zur Regelung des Lebensbereichs „Glücksspielwesen“ berechtigt wäre, aber von dieser Kompetenz nur für einen Teil des Glücksspiels Gebrauch gemacht hat (Automatenspiel mit Gewinnmöglichkeit gem. §§ 33c-33g GewO, Pferdewetten gem. RennWettLottG) und somit jedenfalls (aber möglicherweise auch nur) unter diesem Aspekt Raum für Gesetzgebungstätigkeit der Länder sei. Die Gewerbeordnung selbst enthält in § 33 h eine abgrenzende Bestimmung, gemäß derer die Gewerbeordnung keine Anwendung auf die Veranstaltung von Glücksspielen im Sinne des § 284 StGB findet. Daraus könnte im Rückschluss gefolgert werden, dass das Vermitteln von Glücksspielangeboten mit dem Vertrieb von Lotterielosen (§ 6 Abs. 1 S. 2, 2. HS, § 14 Abs. 2 GewO) gleichzusetzen und daher auch als Gewerbe zu betrachten ist, dessen Ausübung durch die Länder nicht geregelt werden kann.⁷⁶

bb) *Unbestimmtheit des Erlaubnistatbestands*

Eine Erlaubnis zur Spielvermittlung ist gem. §§ 19, 4 Abs. 1 S. 1 GlüStV zu versagen, wenn das Vermitteln von Spielen „den Zielen des § 1 GlüStV“ zuwiderläuft. Zugleich besteht ebenso wie für die gewerblichen Veranstalter von Glücksspielen gem. § 4 Abs. 2 S. 2 GlüStV kein Rechtsanspruch auf die Erlaubniserteilung. Aus der Regelung geht nicht klar hervor, ob die Zurückweisung des Antrags der Regelfall sein soll, etwa weil die Vermittlung von Glücksspiel als grundsätzlich missbilligtes Verhalten betrachtet wird, oder ob der Antrag eines Spielvermittlers nur ausnahmsweise zurückgewiesen werden soll (herkömmliche Kontrollerlaubnis).⁷⁷ Es ist zumindest zweifelhaft, ob die in § 1 GlüStV genannten Ziele

⁷⁵ Bbg LT-Drs. 4/5156, Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag, S. 61.

⁷⁶ *Pieroth*, Erlaubnispflicht für gewerbliche Spielvermittlung am Maßstab des Grundgesetzes, in: *Hermes/Horn/Pieroth*, Der Glücksspielstaatsvertrag, 2007, S. 16-20.

⁷⁷ Siehe ausführlich dazu *Caspar*, Gutachten, (Fn. 44), S. 26 f.

die Ermessensgesichtspunkte, die die Behörde bei ihrer Entscheidung zu beachten hat, hinreichend konkretisieren.

4. Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrages mit Wettbewerbsrecht

Wettbewerbsrechtlichen Bedenken begegnet das im GlüStV verwirklichte Regionalitätsprinzip bei den staatlichen oder staatlich kontrollierten Anbietern.

Um in einem Bundesland Glücksspiel anbieten oder vermitteln zu können, bedarf es zuvor der Erlaubnis „der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes“ (§ 4 Abs. 1 GlüStV). Damit ist neben der Erlaubnispflicht zum Ausdruck gebracht, dass eine Erlaubnis territorial nur für jeweils ein Bundesland Geltung beanspruchen kann. Auf diese Weise ist einerseits der Markt für die staatlichen oder staatlich kontrollierten Glücksspielanbieter (Lotto-Gesellschaften) mit Hilfe von ordnungsrechtlichen Instrumenten regional aufgeteilt und sind andererseits die gewerblichen Spielvermittler an das Regionalitätsprinzip gebunden.

Bereits durch den Lotteriestaatsvertrag war das Regionalitätsprinzip verankert (siehe dort seinerzeit § 5 Abs. 3). Dort war es jedoch entsprechend der dem Lotteriestaatsvertrag zugrundeliegenden Systematik nicht indirekt durch eine ordnungsbehördliche Erlaubnis eingeführt, sondern direkt als staatsvertragliche Verpflichtung formuliert und durch eine privatrechtliche Vereinbarung des Deutschen Lotto- und Totoblocks ergänzt und konkretisiert worden. Die Einnahmen, die die Lotto-Gesellschaften durch gewerbliche Spielvermittlung erzielten, wurden auf der Grundlage des sog. Regionalisierungsstaatsvertrages umverteilt.⁷⁸ Auf diese Weise sollte verhindert werden, dass die Lotto-Gesellschaften in den Wettbewerb um die gewerblichen Spielvermittler und die von ihnen vermittelten Kontingente treten.⁷⁹ Dies hatte allerdings das Bundeskartellamt in seinem Beschluss vom 23. August 2006 als Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 Nr. c EG-Vertrag (kartellrechtswidrige Gebietsabsprache) angesehen⁸⁰ und ist darin vom OLG Düsseldorf bestätigt worden.⁸¹ Nach Auffassung der Kartellbehörde durften die Lotto-Gesellschaften keine Regionalisierungsabsprachen treffen, um damit den Wettbewerb untereinander zu verhindern. Ebenso wenig durften sie die gewerblichen Spielvermittler im Wege der Absprache vom terrestrischen Vertrieb ausschließen.

⁷⁸ Regionalisierungsstaatsvertrag, (Fn. 18).

⁷⁹ Siehe OLG Düsseldorf, (Fn. 71), juris, Rn. 158 f.

⁸⁰ Bundeskartellamt, Beschluss vom 23. August 2006, (Fn. 12), Rz. 583 ff.

⁸¹ OLG Düsseldorf, (Fn. 71), Rn. 105 ff.; siehe auch BGH Kartellsenat, Beschluss im Beschwerdeverfahren vom 8. Mai 2007, KVR 31/06, juris.

Der Beschluss des Bundeskartellamtes ist insofern ein Ergebnis der Sondersituation, die sich aus dem Verhältnis der staatlichen und staatlich kontrollierten Lotto-Gesellschaften zu den gewerblichen Spielvermittlern entwickelt hat, verweist aber deutlich auf die wettbewerbsrechtlich problematische Stellung der Lotto-Gesellschaften, die einerseits gemeinsame Marketing-Konzepte und auch kontinuierlich neue Produkte entwickelt haben,⁸² zugleich aber bestrebt waren, ihre Vertriebswege mit dem Argument der öffentlich-rechtlichen Gefahrenabwehr/Aufgabenwahrnehmung gegen Konkurrenz zu schützen (Marktabstottung).⁸³ Gerade dieses zwiespältige Verhalten der staatlichen und staatlich kontrollierten Lotto-Gesellschaften war mit dem Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG Gegenstand der ODDSET-Entscheidung.

Der Glücksspielstaatsvertrag hält durch die oben schon genannte Erlaubnispflicht in § 4 Abs. 1 GlüStV am Regionalisierungsprinzip nunmehr mit Hilfe ordnungsrechtlicher Instrumente fest und verstärkt es durch das Verbot der Internetwerbung gem. § 5 Abs. 3 GlüStV. Das Bundeskartellamt hat sich angesichts dessen bereits ausdrücklich vorbehalten, erneut ein Verfahren wegen einer gem. Art. 81 EG-Vertrag verbotenen Marktaufteilung einzuleiten.⁸⁴ Ebenso hat die Europäische Kommission einen möglichen Verstoß des Glücksspielstaatsvertrags gegen Art. 81 EG-Vertrag gerügt.⁸⁵

Die aufrechterhaltene Regionalisierung kann aber wohl nicht losgelöst von Gesamtkonzept des Glücksspielstaatsvertrags gesehen werden. Denn die fortbestehende Regionalisierung ist eine Folge dessen, dass die Länder sich mit dem Glücksspielstaatsvertrag verstärkt auf ihre ordnungsrechtlichen Kompetenzen zur Bekämpfung der Spielsucht stützen und mit dieser Begründung an ihren „regionalen“ Monopolen festhalten. Ob dies in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zulässig ist, hängt allgemein davon ab, ob man – wie oben dargestellt – die Regulierung des Glücksspielwesens durch ein staatliches Monopolsystem als überhaupt zulässiges ordnungsrechtliches Mittel zur Bekämpfung der Spielsucht und anderer negativer Effekte des Glücksspiels im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG ansieht. Ob demgegenüber beispielsweise zwischen einem weniger wettbewerbswidrigen „Einheitsmonopol“ und dem derzeit realisierten Monopolsystem von Regionalmonopolen sinnvoll unterschieden werden kann, ist eine sehr schwierig zu beantwortende Frage, die wahrscheinlich gegenüber der Frage der Verhältnismäßigkeit eines staatlichen Monopolsystems als solchem

82 Siehe dazu die tatsächlichen Feststellungen des Bundeskartellamtes in seinem Beschluss vom 23. August 2006, (Fn. 12), Rz. 93-100.

83 Beschluss des Bundeskartellamtes vom 23. August 2006, (Fn. 12), Rz. 408-415.

84 Schreiben des Bundeskartellamtes vom 8. Oktober 2007 an den Schleswig-Holsteinischen Landtag, Gesch.-Z. B 6 – 1/07.

85 EU-Kommission, Stellungnahme zu dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen vom 14. Mai 2007, Gesch.-Z. Markt.E2/KD/dd D (2007) 5757, S. 7.

im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG im Hintergrund steht. Das Wettbewerbsrecht und seine Regelungsziele konkretisieren die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit insofern nur für einen bestimmten Teilaspekt, der im Zusammenhang mit dem Ordnungsrecht keine Wirkung entfaltet. Angesichts der dezidiert ordnungsrechtlichen Ausrichtung des Glücksspielstaatsvertrages ist das Wettbewerbsrecht für sich allein daher wohl kein sinnvoller Prüfungsmaßstab mehr.⁸⁶

IV. Vereinbarkeit mit Europarecht

Ob der Glücksspielstaatsvertrag mit dem Recht der europäischen Verträge vereinbar ist, wird derzeit ebenfalls sehr kontrovers diskutiert. Vorrangiger Prüfungsmaßstab ist dabei der Katalog der Grundfreiheiten, weil sekundärrechtliche Regelungen zum Glücksspiel bisher fehlen.⁸⁷ Gezweifelt wird insbesondere an der Vereinbarkeit des Glücksspielstaatsvertrages mit der Dienstleistungsfreiheit auf der Grundlage der Art. 49 ff. EG-Vertrag und des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 81-84 EG-Vertrag). Die Europäische Kommission hat ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG-Vertrag auf der ersten Stufe wegen einer möglichen Verletzung der Dienstleistungsfreiheit eingeleitet.⁸⁸ Mehrere Verwaltungsgerichte haben mittlerweile Fragen zum Glücksspielstaatsvertrag dem EuGH vorgelegt.⁸⁹

1. Dienstleistungsfreiheit und ihre Geltung für das Glücksspielwesen (Gambelli- und Placanica-Entscheidung des EuGH)

a) Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG-Vertrag

Nach Art. 49 EG-Vertrag sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten. Dienstleistungen sind gem. Art. 50 EG-Vertrag Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden.

⁸⁶ Siehe auch BayVGh, Beschluss vom 2. Juni 2008, 10 CS 08.1102, Umdruck, Rn. 34 ff.

⁸⁷ Siehe auch Erwägung Nr. 25 zur Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt: „Glücksspiele einschließlich Lotterien und Wetten sollten aufgrund der spezifischen Natur dieser Tätigkeiten, die von Seiten der Mitgliedstaaten Politikansätze zum Schutz der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Verbraucher bedingen, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sein.“

⁸⁸ Siehe Pressemeldung IP/08/119, verfügbar über <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/119&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=de>.

⁸⁹ Siehe HessVGh, Aussetzungsbeschluss vom 12. Februar 2008, 7 A 165/08, juris, mit weiteren Nachweisen.

Bereits in der Entscheidung „Schindler“ hatte der EuGH festgestellt, dass das Anbieten von Glücksspiel und das Werben dafür eine Dienstleistung im Sinne von Art. 49 EG-Vertrag darstellt.⁹⁰ Für die Voraussetzung der grenzüberschreitenden Dienstleistung genügt es dabei, dass nur die Dienstleistung selbst die Grenze überschreitet, ohne dass Leistungserbringer und Leistungsempfänger eine Ortsveränderung vornehmen (sog. Korrespondenz-Dienstleistung).⁹¹ Damit sind auch Leistungsangebote über das Internet, wie beispielsweise Online-Wettangebote, vom Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit umfasst.⁹² Die Dienstleistungsfreiheit umfasst nicht nur die Freiheit des Leistungserbringers, Leistungsempfängern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, Dienstleistungen anzubieten und erbringen. Sie umfasst auch die Freiheit, als Leistungsempfänger von einem Leistungserbringer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat angebotene Dienstleistungen zu empfangen oder in Anspruch zu nehmen, ohne durch Beschränkungen beeinträchtigt zu sein.⁹³

Sobald also gewerbliche Glücksspielanbieter Dienstleistungen grenzüberschreitend in Deutschland anbieten wollen, indem sie beispielsweise Online-Spielmöglichkeiten anbieten, Werbung für ihr Glücksspielangebot machen oder sonstige Vertriebswege für ihr Angebot erschließen, ist der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet. Er ist ebenso eröffnet, sobald Deutsche Glücksspielangebote aus anderen Mitgliedstaaten wahrnehmen wollen.

Nationale Regelungen, die die Ausübung von Tätigkeiten des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere auf Sportereignisse, ohne eine von dem betreffenden Mitgliedstaat erteilte Konzession oder polizeiliche Genehmigung verbieten, beschränken die Dienstleistungsfreiheit.⁹⁴ Da der Glücksspielstaatsvertrag in Verbindung mit den §§ 284, 287 StGB gewerblichen Anbietern die Teilnahme am Glücksspielgeschäft in Teilbereichen faktisch unmöglich macht (staatliches Monopol), in weiten Bereichen das Veranstellen und Vermitteln von Glücksspiel unter Erlaubnisvorbehalt stellt und zugleich die Werbung im Internet verbietet, greift er in die Dienstleistungsfreiheit ein. Das wird mithin auch von keiner Seite bestritten. Jedoch ist weiterhin strittig, ob das Regelungskonzept des Glücksspielstaatsvertrags dennoch gerechtfertigt werden kann.

90 EuGH, Slg. 1994 I-1039, Rn. 37 – *Schindler*.

91 EuGH, Slg. 1995 I-1141, Rn. 22 – *Alpine Investments*.

92 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 54 – *Gambelli*.

93 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 55 – *Gambelli*, mit Hinweis auf die vorangegangene Rechtsprechung.

94 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 59 – *Gambelli*; EuGH, Slg. 2007 I-01891, Rn. 42 – *Placanica*.

b) Mögliche Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch den Glücksspielstaatsvertrag?

Die Rechtfertigung staatlicher Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit kommt grundsätzlich unter zwei Gesichtspunkten in Betracht. Zunächst kann eine Beschränkung ausdrücklich auf der Grundlage der Art. 45 und 46 EG-Vertrag zulässig sein. Sie kann aber auch – so die ständige Rechtsprechung des EuGH – aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.⁹⁵ Der EuGH differenziert regelmäßig nicht näher zwischen den geschriebenen und den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen.

Der EuGH hat zunächst in der Entscheidung „Gambelli“ klargestellt, dass fiskalische Interessen und zu befürchtende Steuermindereinnahmen als Rechtfertigungsgründe nicht taugen; die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe von Abgaben auf Einnahmen aus dem genehmigten Spiel dürfe nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht jedoch der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein.⁹⁶

Jedoch können sittliche, religiöse oder kulturelle Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen sowie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen rechtfertigen, festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben,⁹⁷ welche Ziele die Politik eines Staates in diesem Sinne verfolgt und welches Schutzniveau angestrebt werden soll.⁹⁸ Allerdings müssen insoweit mögliche Beschränkungen darüber hinaus auch verhältnismäßig, das heißt geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Zieles erforderlich ist.⁹⁹ Geeignet sind Beschränkungen nur dann, wenn sie die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung beispielsweise der Wetttätigkeit beitragen.¹⁰⁰ Die Beschränkungen dürfen auf jeden Fall nicht diskriminierend gegenüber Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten angewandt werden.¹⁰¹

95 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 60 – *Gambelli*; EuGH, Slg. 2007 I-01891, Rn. 45 – *Placanica*, mit weiteren Nachweisen aus der vorangegangenen Rechtsprechung.

96 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 61, 62 – *Gambelli*.

97 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 63 – *Gambelli*; EuGH, Slg. 2007 I-01191, Rn. 47 – *Placanica*.

98 EuGH, Slg. 2007 I-01191, Rn. 48 – *Placanica*.

99 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 65 – *Gambelli*.

100 EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 67 – *Gambelli*; EuGH, Slg. 2007 I-01191, Rn. 52 – *Placanica*.

101 EuGH, Slg. 2007 I-01191, Rn. 49 – *Placanica*.

Die vom EuGH aufgestellten Rechtfertigungsanforderungen ähneln im Wesentlichen denen des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰² Nicht umsonst bezieht sich das Bundesverfassungsgericht in der ODDSET-Entscheidung mehrfach auf die seiner Ansicht nach in die gleiche Richtung gehende Rechtsprechung des EuGH.¹⁰³ Jedoch werden verschiedene Aspekte des Glücksspielstaatsvertrags in Rechtsprechung und Literatur anhand der spezifischen Begrifflichkeit des EuGH diskutiert.

aa) Mangelnde Kohärenz

Teilweise wird die europarechtliche Konformität des Glücksspielstaatsvertrages deshalb in Frage gestellt, weil er das Glücksspielwesen nicht „kohärent“, das heißt in sich nicht schlüssig regelt, beziehungsweise, dies aus kompetenzrechtlichen Gründen auch gar nicht könne. Der vom EuGH verwendete Begriff der Kohärenz bietet dabei unter zwei Gesichtspunkten Auslegungsschwierigkeiten. Einerseits könnte sich das Erfordernis der Kohärenz auf die Regelungsreichweite eines Regelungswerkes zum Glücksspielwesen beziehen (dazu 1). Andererseits könnten sich aus dem Erfordernis der Kohärenz auch weitere inhaltliche Anforderungen an die (Binnen-)Differenzierung hinsichtlich der verschiedenen Erscheinungsformen des Glücksspiels ergeben (dazu 2).

(1) „Kohärenz“ als Forderung nach einer übergreifenden Regelung des Glücksspielmarktes

Mehrere Verwaltungsgerichte¹⁰⁴ gelangten zu der Auffassung, der EuGH habe durch die Entscheidung „Placanica“ aus dem Jahre 2007 das bereits in der Entscheidung „Gambelli“ aus dem Jahre 2003 entwickelte Kohärenzerfordernis dahingehend weiterentwickelt, dass Kohärenz nicht nur für einen Sektor des Glücksspielwesens, wie die Sportwette, hergestellt werden müsse, sondern vielmehr übergreifende Maßnahmen für das gesamte Glücksspielwesen erfordere, da nur auf diese Weise ein in sich sinnvolles und auch gegenüber gewerblichen Anbietern verhältnismäßiges System der Spielsuchtbekämpfung erreicht werden könne. Für eine solche Auslegung des Kohärenz-Begriffes spricht, dass zentrale suchtrelevante Bereiche mit nachweislich erheblichen Gefährdungspotentialen

¹⁰² Siehe auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22. Februar 2008, 13 B 1215/07, juris, Rn. 85.

¹⁰³ BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 118, 136.

¹⁰⁴ So beispielsweise das VG Arnsberg, Beschluss vom 13. Februar 2008, 1 L 29/08, juris, Rn. 38 f.; VG Minden, Urteil vom 2. April 2008, 2 K 897/05, juris, Rn. 40 f.; siehe auch EFTA-Gerichtshof, (Fn. 41) – *Ladbrokes Ltd.*, Rn. 45: „...the gaming policy as a whole must at least provide for a lower level of gambling addiction in society than would be the case without restrictions on free movement in relation to gaming services.“

Umfassende Darstellung der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages OVG Münster, Beschluss vom 22. Februar 2008, 13 B 1215/07, juris, Rn. 90 f.

nicht ausgeklammert werden können, ohne dass sich der Gesetzgeber in die Gefahr be-
gibt, sich in Widerspruch zu seinen eigenen Regelungszielen zu setzen.¹⁰⁵

Rechtstechnisch scheint es zwar nicht ausgeschlossen, dass auch sektorale Regelungen (beispielsweise für verschiedene Glücksspiele) die vom EuGH geforderte Kohärenz sicherstellen, vorausgesetzt, jede Regelung ist für sich genommen wiederum erforderlich und geeignet, die ihr gesteckte Zielsetzung zu erreichen.¹⁰⁶ Jedoch ist gerade in der Bundesrepublik die – auch aufgrund der föderalen Kompetenzverteilung – bestehende „Regelungsvielfalt“ von vornherein einer der größten konkreten Schwachpunkte des bestehenden gesetzlichen Rahmens des Glücksspielwesens und damit auch des Glücksspielstaatsvertrages. Denn die Vertragspartner des Glücksspielstaatsvertrages mussten wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz den Bereich des Automatenspiels, der nachweislich ein besonders hohes Suchtpotential besitzt und immerhin einen Anteil von 21,5 % am Glücksspielmarkt ausmacht, im Glücksspielstaatsvertrag unberücksichtigt lassen.¹⁰⁷ Der Bund hingegen als zuständiger Gesetzgeber für den Bereich des Automatenspiels (ausgenommen Spielhallen) hat diesen Bereich in jüngerer Zeit sogar teilweise liberalisiert.¹⁰⁸ Beim Automatenspiel wird kein Konzept der Monopolisierung verfolgt. Auch abgabenrechtlich wird das Automatenspiel nicht wie Lotterien und Sportwetten behandelt.¹⁰⁹ Der Bundesgesetzgeber und die Landesgesetzgeber folgen mithin keinem „gemeinsamen kohärenten System der Suchtbekämpfung“.¹¹⁰ Die in der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern möglicherweise noch erkennbare Unterscheidung von „großem“ und „kleinem“ Spiel ist im Lichte eines „kohärenten Systems der Suchtbekämpfung“ unergiebig, da die Formel kleines Spiel – kleines Suchtpotential/großes Spiel – großes Suchtpotential mit wissenschaftlichen Erkenntnissen der Suchtforschung nicht vereinbar ist.¹¹¹ Hier ein kohärentes System sehen zu wollen, hieße wohl auch, historischen Zufälligkeiten

105 OVG Münster, Beschluss vom 22. Februar 2008, 3 B 1215/07, juris, Rn. 112.

106 So beispielsweise das Argument des VG Potsdam, Beschluss vom 2. April 2004, 3 L 687/07, juris, Rn. 27.

107 Siehe zu den Marktanteilen der verschiedenen Glücksspiele BT-Drs. 16/6551, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, S. 2.

108 Zu den Inhalten der geänderten Spielverordnung (einerseits beispielsweise Erhöhung der zulässigen Zahl an Geräten in Spielhallen, Erhöhung der Verlustgrenze, andererseits Verbot von Jackpotsystemen und der problematischen Fun-Games) OVG NRW, Beschluss vom 22. Februar 2008, 13 B 1215/07, juris, Rn. 117.

109 Siehe zu den Unterschieden auch OVG NRW, Beschluss vom 22. Februar 2008, 13 B 1215/07, juris, Rn. 121 mit weiteren Nachweisen, wobei das OVG NRW die Auffassung vertritt, dass die bundesrechtlichen Regelungen zum Automatenspiel im Verhältnis zum Glücksspielstaatsvertrag (noch) keinen Verstoß gegen das Gebot der Kohärenz darstellen, jedoch eine intensive Beobachtung der Entwicklung erforderlich sei (Rn. 129).

110 Zur Aufteilung der Kompetenzen als Ausdruck eines entscheidenden Unterschieds zwischen dem „großen“ und dem „kleinen“ Spiel BT-Drs. 16/6551, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, S. 2.

111 Caspar, Gutachten, (Fn. 44), S. 23 f.

ein zu großes Gewicht zuzubilligen.¹¹² Darüberhinaus scheinen aber auch die gesetzgeberischen Vorstellungen von Bund und Ländern derzeit nicht ohne Weiteres „kohärent“ mit einem übergreifenden Regelungsmodell zusammenzupassen.¹¹³ Der Glücksspielstaatsvertrag ist damit jedenfalls nicht „übergreifend“ kohärent.

Zu erinnern bleibt in diesem Zusammenhang, dass aus Sicht des Gemeinschaftsrechts föderale Besonderheiten der Bundesrepublik nicht berücksichtigt werden. Soweit der EuGH im Sinne eines kohärenten Systems der Suchtbekämpfung eine übergreifende Regulierung des Glücksspielmarktes als Voraussetzung für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit fordern sollte, kann dem nicht mit Hinweis auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen ausgewichen werden.¹¹⁴

(2) Inhaltliche Kohärenz

Auch wenn man die oben beschriebene Auslegung von „Kohärenz“ als zu weitreichend betrachtet und eine „sektorale Kohärenz“ genügen lässt, müsste der Glücksspielstaatsvertrag, um den Rechtfertigungsanforderungen des EuGH zu genügen, jedenfalls für seinen Regelungsbereich konsequent an der Bekämpfung der Spielsucht ausgerichtet sein. Unter einem so formulierten Prüfungsmaßstab der Kohärenz könnten dem Glücksspielstaatsvertrag an dieser Stelle die gleichen oder jedenfalls ähnliche Bedenken vorgehalten werden wie im Zusammenhang mit der Prüfung am Maßstab der ODDSET-Entscheidung (siehe oben zur Erstreckung des staatlichen Monopols auf die Lotterien, zum Vertrieb und zum Werbeverbot, S. 15 ff.).

Ein zusätzliches Kohärenz-Problem könnte sich aus den vom EuGH entwickelten zwei zulässigen Modellen zur Beschränkung des Glücksspiels ergeben. Einerseits kann das Regelungskonzept des Gesetzgebers darauf gerichtet sein, die Gelegenheit zum Spiel insgesamt einzuschränken (Präventionsmodell).¹¹⁵ Zum anderen kann ein vom EuGH in der *Placanica*-Entscheidung ebenso akzeptiertes Regelungskonzept vorsehen, dass ungeregeltes und illegales Glücksspiel so reguliert wird, dass Spieler, die vorher von diesen Glücksspielangeboten Gebrauch gemacht haben, nunmehr das geregelte und beaufsichtigte Glücksspielangebot privater Anbieter nutzen (Kanalisierungsmodell).¹¹⁶ Dieses Regelungskonzept ist eng mit dem gesetzgeberischen Ziel, die Ausnutzung der Spielleidenschaft zu

¹¹² So BT-Drs. 16/6551, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, S. 7.

¹¹³ Caspar, Gutachten, (Fn. 44), S. 23 f.

¹¹⁴ OVG NRW, Beschluss vom 22. Februar 2008, 13 B 1215/07, juris, Rn. 111; Caspar, Gutachten, (Fn. 44), S. 24.

¹¹⁵ EuGH, Slg. 2007 I-01891, Rn. 53 – *Placanica*.

¹¹⁶ Begrifflichkeit nach Caspar, Gutachten, (Fn. 44), S. 7

betrügerischen oder kriminellen Zwecken zu verhindern, verknüpft. Der Gesetzgebungszweck „Bekämpfung der Spielsucht“ steht bei diesem Regelungskonzept eher an zweiter Stelle, da der Glücksspielsektor kontrolliert expandieren darf und den konzessionierten Anbietern die Entwicklung neuer Spiele, ein gewisser Werbeumfang und der Einsatz neuer Vertriebstechiken gestattet ist, um illegal Spielende zum legalen Spiel zu „locken“.¹¹⁷

Das mit dem Glücksspielstaatsvertrag verfolgte Regelungskonzept des faktischen Monopols fügt sich indes weder in das eine noch in das andere Modell vollständig ein. Einerseits ist es möglicherweise – wie ausgeführt – (immer noch) nicht konsequent (genug) an der Prävention im Sinne einer Verminderung der Gelegenheit zum Glücksspiel als solches ausgerichtet. Damit genügt der Glücksspielstaatsvertrag möglicherweise nicht den europarechtlichen Anforderungen an ein „Präventionsmodell“.

Andererseits ist der Glücksspielstaatsvertrag aber auch nicht am „Kanalisierungsmodell“ ausgerichtet, da sich hinter der mit ihm eingeführten Erlaubnisbedürftigkeit für Glücksspiele jeder Art ein Monopol der staatlichen Anbieter verbirgt. Es geht dem Glücksspielstaatsvertrag nicht um eine „Kanalisation“ eines bisher illegalen Angebots. Ein legales Betätigungsfeld der gewerblichen Anbieter soll, anders als beim italienischen Konzessionsmodell, wie es Gegenstand der Entscheidungen „Zenatti“, „Gambelli“ und „Placanica“ war, nicht entstehen, jedenfalls aber nicht weiter expandieren. Möglicherweise sich illegal ausbreitendes Glücksspiel nimmt der Glücksspielstaatsvertrag nur als „verbotenes Glücksspiel“, nicht aber als Handlungsauftrag zur Kanalisation zur Kenntnis. Denn die staatlichen Anbieter sind durch die strengen Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts an einer „am Markt“ orientierten Fortentwicklung ihres Angebots nunmehr wohl weitestgehend gehindert. Ein solches System kann nur funktionieren, wenn die Verbraucher auf das Angebot des staatlichen Monopolisten angewiesen sind. Ob aber die staatlichen Anbieter angesichts des weltweit beispielsweise über Internet angebotenen Glücksspiels überhaupt noch in Lage sind, ein ausreichend attraktives Glücksspielangebot zu offerieren, das tatsächlich auch den Unterhaltungsansprüchen der jüngeren Generation genügt¹¹⁸ und deren „Spieltrieb in geordnete Bahnen lenken kann“, ist jedenfalls in tatsächlicher Hinsicht fraglich. Die den staatlichen Anbietern an sich wohlwollende ODDSET-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat insofern möglicherweise das europarechtliche „Kohärenz-Problem“ noch verschärft.

¹¹⁷ EuGH, Slg. 2007 I-01891, Rn. 55 – *Placanica*.

¹¹⁸ Siehe die Angabe im Beschluss des VG Berlin vom 5. Mai 2008, VG 35 A 108.08, Umdruck, S. 14, dass 90 % der Kunden der Deutschen Klassenlotterie Berlin mindestens 45 Jahre alt seien.

bb) Unverhältnismäßigkeit eines staatlichen Monopols

Darüber hinaus könnte aus europarechtlicher Sicht auch an der Erforderlichkeit eines staatlichen Monopols gezweifelt werden. Ein staatliches Glücksspielmonopol war bisher in Form eines Monopols für das unstreitig spielsuchtgefährdende Automatenpiel Gegenstand einer Entscheidung des EuGH („Läärrä“).¹¹⁹ In dieser Entscheidung sah der EuGH das staatliche Automatenpielmonopol nicht als unverhältnismäßig an. Als „grundsätzliche“ Billigung eines staatlichen Glücksspielmonopols kann diese Entscheidung aber wohl nicht verstanden werden.¹²⁰ Überdies hat der EuGH in einer Entscheidung zum staatlichen Alkoholeinfuhr- und Verkaufsmonopol in Schweden aus dem Jahre 2007 („Rosengren“) ein Einfuhrmonopol des staatlichen Alkoholhandels in Schweden mit der Begründung für unverhältnismäßig erklärt, dass eine Einfuhrsperre von Alkohol zum Schutze von Jugendlichen auch auf andere Weise sichergestellt werden könne. In dieser Entscheidung stellt der EuGH bereits die Geeignetheit des staatlichen Einfuhrmonopols unter dem oben genannten Aspekt in Frage.¹²¹ Mit Blick auf die unterschiedliche steuerrechtliche Behandlung von Gewinnen aus einer ausländischen Lotterie gegenüber den Gewinnen aus einer einheimischen Lotterie verlangte der Gerichtshof im Fall „Lindman“ aus dem Jahre 2003 überdies, dass die Darlegungen des Mitgliedstaates zur Rechtfertigung einer beschränkenden Regelung von einer Untersuchung über die Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit begleitet sein müssten.¹²² Diese beiden Entscheidungen könnten mit Blick auf das durch den Glücksspielstaatsvertrag errichtete Glücksspielmonopol für eine neuerdings besonders strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit bei Beschränkungen der Grundfreiheiten durch den EuGH sprechen.

Dabei ist zu bedenken, dass ein staatliches Monopol im Vergleich zu einer staatlichen Aufsicht über gewerbliche Anbieter die vermutlich schärfere Beschränkung darstellt, da es nicht nur einzelne Anbieter vom Markt ausschließt, sondern in seiner Wirkung einem kollektiven Marktteilnahmeverbot gleichkommt.¹²³ Daher liegt es nahe, das staatliche Monopol im Rahmen der Erforderlichkeit mit dem womöglich milderen Mittel der staatlichen Aufsicht über private Anbieter zu vergleichen. Während das Bundesverfassungsgericht bei diesem Vergleich zu dem Ergebnis kam, dass ein staatliches Monopol „grundsätzlich“ noch ein

¹¹⁹ Siehe zu den Verfahrensgegenständen der sonstigen bisherigen Entscheidungen des EuGH zum Glücksspielwesen Schlussantrag des Generalanwalts *Colomber* in der Rechtssache *Placanica*, Slg. 2007 I-01891, Rn. 25.

¹²⁰ Insofern anders der Prüfungsansatz des Bundesverfassungsgerichts, das ein staatliches Monopol grundsätzlich, aber nicht im konkreten Fall der ODDSET-Sportwette billigte, BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 113.

¹²¹ EuGH, Slg. 2007 I-04071 – *Rosengren*, Rn. 47.

¹²² EuGH, Slg. 2003 I-13518 – *Lindman*, Rn. 25.

¹²³ Siehe dazu EFTA-Gerichtshof, (Fn. 41), – *Ladbroke Ltd.*, Rn. 40.

verhältnismäßiges Mittel sei,¹²⁴ könnte der EuGH, sobald er darüber zu entscheiden hat, durchaus zum gegenteiligen Ergebnis gelangen.

c) Insbesondere: Werbeverbote gem. §§ 5, 21 GlüStV

Ein Sonderproblem ergibt sich im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Auffassung der Kommission durch die in § 5 und § 21 Abs. 2 S. 2 GlüStV ausgesprochenen Werbeverbote. Diese Punkte hat die Europäische Kommission sowohl in einer Stellungnahme zu einem Entwurf des Glücksspielstaatsvertrages vom 14. Mai 2007¹²⁵ als auch im Rahmen ihrer Anfrage im Jahre 2008 (Vertragsverletzungsverfahren)¹²⁶ bemängelt. Die Kommission hält es insbesondere für inkonsistent, dass Werbung im Fernsehen, im Internet und über Telekommunikationsanlagen verboten ist (§ 5 Abs. 3 GlüStV), im Radio, auf dem Postwege, über Anzeigen, Plakate und Ähnliches hingegen nicht.

Tatsächlich stellen Werbeverbote und Werbebeschränkungen nach der Rechtsprechung des EuGH Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 49 EG-Vertrag dar.¹²⁷ Mit dem von den Vertragsparteien verfolgten Ziel, die Spielsucht zu bekämpfen, sind aber ein Werbeverbot und Werbebeschränkungen grundsätzlich vereinbar, da sie mit dem Gesundheitsschutz gerechtfertigt werden können (Art. 55 i.V.m. Art. 46 EG-Vertrag).¹²⁸ Sie erscheinen ohne Weiteres geeignet, Anreize zu unmäßigem und süchtigmachendem Spiel zu verhindern. Dementsprechend haben die gesetzgebenden Organe der EU diese Mittel beispielsweise im Kampf gegen das gesundheitsgefährdende Rauchen selbst eingesetzt.¹²⁹ Auch sind die von den Vertragsparteien getroffenen Abstufungen (totales Verbot für Internet, Fernsehen und Telekommunikationsanlagen, Beschränkungen für Werbung im Radio, in der Presse, im öffentlichen Raum, Verbot der Bandenwerbung bei Sportveranstaltungen) wohl verhältnismäßig, da sie sich an der jeweiligen „Ausstrahlungswirkung“ des Mediums orientieren. Soweit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit mit dem Gesundheitsschutz gerechtfertigt werden können, ist es nach der Rechtsprechung des EuGH im

124 BVerfG ODDSET, (Fn. 25), Rn. 113; zur Auffassung, dass staatliche und kommunale Monopole mit Art. 12 GG vollständig unvereinbar sind, siehe beispielsweise *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, GGK I, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rn. 12.

125 Europäische Kommission, Schreiben vom 14. Mai 2007, Gesch.-Z. Markt.E2/KD/dd D (2007) 5757, S. 3 f.

126 Siehe Pressemitteilung der Kommission, IP/08/119, verfügbar über http://ec.europa.eu/internal_market/services/gambling_de.htm.

127 EuGH, Slg. 2001 I-01795, Rn. 39 – *Gourmet International Products*.

128 EuGH, Slg. 2001 I-01795, Rn. 40 – *Gourmet International Products*.

129 Art. 3 (Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in Druckerzeugnissen und Diensten der Informationsgesellschaft), Art. 4 (Verbot der Rundfunkwerbung und des Sponsorings) der Richtlinie 2003/33/EG (Tabakrichtlinie).

Übrigen Sache der Mitgliedstaaten, auf welchem Niveau sie den Gesundheitsschutz sicherstellen wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll.¹³⁰

- d) Werbeverbote/Veranstaltungsverbote für in anderen Mitgliedstaaten legal angebotene, in Deutschland jedoch verbotene Glücksspiele gem. § 5 Abs. 4 GlüStV

Die Kommission hat außerdem moniert, dass Anbieter anderer Mitgliedstaaten, die in ihrer Heimat Glücksspiel legal auch im Internet bewerben und anbieten, durch diese Bestimmung ebenfalls in ihrer Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG-Vertrag beschränkt werden.¹³¹ Folgt man allerdings der vom EuGH in „Gambelli“ vertretenen Argumentation, dass die Mitgliedstaaten selbst über die Höhe des Schutzniveaus und die Art, wie sie es sicherstellen wollen, entscheiden können, ist dies nur eine zwangsläufige Folge dessen, dass die Mitgliedstaaten sachlich gerechtfertigte Regelungen zur Beschränkung des Glücksspielwesens erlassen können. Es liegt darin auch keine versteckte Diskriminierung gegenüber Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten.

2. Niederlassungsfreiheit

Soweit Glücksspielanbieter oder -vermittler aus anderen Mitgliedstaaten durch die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrages direkt oder indirekt gehindert werden, Zweigniederlassungen, Agenturen oder Tochtergesellschaften zu gründen, kann auch die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43 EG-Vertrag betroffen sein.¹³² Indes gehorchen die im EG-Vertrag ausdrücklich gestatteten Ausnahmen (siehe Art. 46, 55 EG-Vertrag) ebenso wie die vom EuGH entwickelten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung dieser Grundfreiheiten rechtfertigen können, denselben Anforderungen. Mithin hat der EuGH in der Gambelli-Entscheidung beide Grundfreiheiten für verletzt gehalten, aber die mögliche Rechtfertigung einer Beschränkung zusammengefasst geprüft.¹³³ Aus einer möglichen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ergeben sich daher im Rahmen dieser Darstellung keine zusätzlichen Gesichtspunkte.

¹³⁰ EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 63 – *Gambelli*; EuGH, Slg. 2004 I-6569, Rn. 33 – Kommission/Französische Republik – *Loi Evin* (zu einem Alkoholwerbverbot im Fernsehen).

¹³¹ Stellungnahme zu dem notifizierten Entwurf für einen Staatsvertrag zum Glücksspielwesen der Europäischen Kommission vom 14. Mai 2007, Gesch.-Z. Markt.E2/KD/dd D (2007) 5757, S. 4.

¹³² Siehe dazu EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 46 – *Gambelli*.

¹³³ Siehe dazu EuGH, Slg. 2003 I-13031, Rn. 65 – *Gambelli*.

V. Zusammenfassung

Mit dem Glücksspielstaatsvertrag soll das Glücksspielmonopol der Länder auf eine verfassungs- und europarechtskonforme Grundlage gestellt werden. Ob die Vertragspartner dieses Ziel erreicht haben, wird allerdings unter verschiedenen Aspekten bezweifelt, von denen hier nur die wesentlichen genannt werden können:

Auf der Ebene des nationalen Rechts führen die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags zu erheblichen Beschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit gegenüber potentiellen gewerblichen Glücksspielanbietern. Sie müssen sich daher an den Vorgaben zur Berufsfreiheit messen lassen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner ODDSET-Entscheidung zum Sportwettenmonopol aufgestellt hat. Angesichts der darin enthaltenen Ausführungen zum Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers scheint bereits fraglich, ob die Länder auch Glücksspiele mit geringerem Gefährdungspotential, wie Lotterien, zum Gegenstand eines Monopols machen durften. Für solche Glücksspiele könnte als milderes Mittel die Aufsicht über die gewerblichen Anbieter genügen und deshalb das einzig verhältnismäßige Mittel zur Bekämpfung der Glücksspielsucht sein.

Das Bundesverfassungsgericht verlangt in der ODDSET-Entscheidung ferner, dass die staatlichen Anbieter ihr monopolisiertes Glücksspielangebot tatsächlich konsequent am Ziel der Suchtbekämpfung ausrichten. Hier könnten der Glücksspielstaatsvertrag und auch das dazu ergangene Ausführungsgesetz in Brandenburg Regelungsdefizite aufweisen. Denn der Glücksspielstaatsvertrag lässt das Vertriebsmodell der Lotto-Gesellschaften im Prinzip unangetastet, obwohl gerade das dichte Vertriebsnetz auf Konzessionsbasis vom Bundesverfassungsgericht moniert wurde. Eine Verringerung der Zahl der Lotto-Akzeptanzstellen wird weder im Vertrag noch im Ausführungsgesetz explizit vorgeschrieben. Das Konzessionssystem („Lotto-Lädchen“) wird grundsätzlich beibehalten. Die Glücksspiele Lotto und Sportwette bleiben damit „ein Gut des täglichen Lebens“, anstatt in der Verfügbarkeit auf ein notwendiges Mindestmaß zurückgedrängt zu werden. Insoweit ist es zumindest zweifelhaft, ob sich die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags und des Ausführungsgesetzes am Maßstab der Berufsfreiheit rechtfertigen lassen.

Auch die bisher von den Glücksspielbestimmungen der Länder nicht erfasste gewerbliche Betätigung der Glücksspielvermittlung wird nunmehr durch den Glücksspielstaatsvertrag einer Erlaubnispflicht unterworfen. Insoweit ist rechtlich problematisch, ob die Länder kompetenzrechtlich befugt sind, eine solche gewerbliche Betätigung außerhalb der Gewerbe-

ordnung einem eigenen ordnungsrechtlichen Regime zu unterwerfen. Überdies stellt sich im Lichte der Berufsfreiheit auch hier das Problem der Verhältnismäßigkeit.

Aus europarechtlicher Perspektive stellt sich die Frage, ob der Glücksspielstaatsvertrag mit der durch den Gemeinschaftsvertrag garantierten Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist. Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, wie sie der Glücksspielstaatsvertrag den potentiellen Anbietern auferlegt, sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur gerechtfertigt, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erfolgen. Die Ziele, die der Mitgliedstaat verfolgt, müssen zudem kohärent und in verhältnismäßiger Weise umgesetzt werden. Der Glücksspielstaatsvertrag der Länder kann jedoch bereits aus kompetentiellen Gründen einige Bereiche des Glücksspiels, die ein hohes Gefährdungspotential besitzen (Automatenspiel), nicht regeln. Ebenso wenig kann im derzeitigen Regelungssystem auf neue Tendenzen der Verbrauchervorlieben und neue Gefährdungspotentiale außerhalb des staatlichen Glücksspielangebots reagiert werden. Demgegenüber erscheint die Regulierung von Glücksspielen, denen weniger Gefährdungspotential zugesprochen wird (Lotterien), außergewöhnlich streng. Das lässt einerseits an der übergreifenden inhaltlichen Kohärenz und andererseits an der auch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit geforderten Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zweifeln.

Das gesetzgeberisch ehrgeizige Ziel, einerseits das Monopol der staatlichen und staatlich kontrollierten Lotto-Gesellschaften zu bewahren, andererseits deren Tätigkeit konsequent an der Aufgabe, die Spielsuchtgefahren zu bekämpfen, auszurichten und zugleich auch noch ein Glücksspielangebot zur Verfügung zu stellen, das auch weiterhin am Unterhaltungsbedürfnis der Bevölkerung ausgerichtet ist, muss zwangsläufig zu einer kompromisshaften und daher unter dem Gesichtspunkt der inhaltlichen Kohärenz angreifbaren Lösung führen. Dies gilt umso mehr, als die damit verbundenen Eingriffe in die Grundrechte und Grundfreiheiten der gewerblichen Anbieter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen.